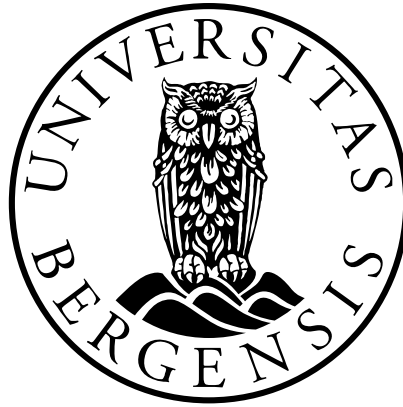


Det biologiske prinsipp i barnevernssaker

*En sammenligning av samværsrettens
omfang og dens betydning etter
norsk og internasjonal rettspraksis*

Kandidatnummer: 144

Antall ord: 14 349



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet
UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Aktualitet.....	4
1.3	Avgrensninger	6
1.4	Videre fremstilling	6
2	Grunnleggende prinsipper	8
2.1	Retten til familieliv.....	8
2.1.1	Retten til familieliv etter EMK.....	8
2.1.2	Retten til familieliv etter Grunnloven	9
2.2	Barnets beste	9
2.3	Det biologiske prinsipp	11
2.4	Barns rett til omsorg og beskyttelse	12
2.5	Det mildeste inngreps prinsipp.....	13
2.6	Legalitetsprinsippet	14
3	Samværsrett etter EMDs praksis i saker mot Norge	15
3.1	EMDs betydning for norsk rett.....	15
3.2	Samværsretten etter EMK artikkel 8	15
3.3	Praksis	16
3.3.1	Innledning.....	16
3.3.2	Johansen mot Norge	16
3.3.3	Jansen mot Norge	17
3.3.4	Strand Lobben med flere mot Norge	19
3.3.5	K.O. og V.M. mot Norge	21
3.3.6	A.S. mot Norge.....	22
3.3.7	Abdi Ibrahim mot Norge	23
3.3.8	Pedersen med flere mot Norge	24
3.3.9	Hernehult mot Norge.....	25
3.4	Betydningen av EMDs avgjørelser for norsk rettspraksis.....	26
4	Samværsrett etter barnevernloven	29
4.1	Samværsrettens betydning for familielivet	29
4.2	Samværets betydning for familielivet etter barnevernloven § 4-19	29

4.3	Samværets betydning for tilbakeføring	31
4.4	Fastsetting av samvær	32
5	Samværsretten i norsk rettspraksis	35
5.1	Innledning	35
5.2	HR-2020-661-S	35
5.3	HR-2020-662-S	38
5.4	HR-2020-663-S	40
5.5	Oppsummering av de tre dommene	42
6	Bidrar nye avgjørelser fra Høyesterett og EMD til endring av praksis?	43
6.1	Har Høyesterett innrettet seg etter kritikken fra EMD?	43
6.2	Nyere praksis fra fylkesnemndene	43
6.3	Strekkes det biologiske prinsippet for langt?	44
7	Kildeliste	47
7.1	Lover og konvensjoner	47
7.2	Lovforarbeider og utredninger	47
7.3	Domsregister	48
7.3.1	Avgjørelser fra Høyesterett	48
7.3.2	Avgjørelser fra fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker	48
7.3.3	Avgjørelser fra EMD (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen)	49
7.4	Litteratur	49
7.4.1	Bøker	49
7.4.2	Juridiske artikler	50
7.4.3	Elektroniske kilder	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er barns rettigheter og relasjoner til samvær etter en omsorgsovertakelse, og samværsrettens betydning for en senere tilbakeføring. Problemstillingen som reises er om nyere avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) medfører endringer i den norske samværspraksisen, og i hvor stor grad det biologiske prinsipp skal vektlegges.

I norsk rett er hovedregelen at barn skal vokse opp med sine biologiske foreldre¹. Imidlertid finnes det tilfeller hvor foreldre ikke yter tilstrekkelig omsorg, og hvor barnevernet i denne anledning kan overta omsorgen for barnet. I disse tilfellene har både barn og foreldre en rett til samvær med hverandre for å bevare relasjonen, jf. barnevernloven² § 4-19 første ledd. Fastsetting av samværsomfanget gjøres av fylkesnemnda, jf. bvl. § 4-19 annet ledd.

I vurderingen av samværsretten er det flere grunnleggende prinsipper som gjør seg gjeldende, hvor det viktigste hensynet etter norsk rett er hensynet til barnets beste, jf. bvl. § 4-1 og Grl.³ § 104. Et annet grunnleggende prinsipp i samværsvurderingen, er det biologiske prinsipp som skal verne om og respektere båndene mellom barn og familie. Det biologiske prinsipp er et sentralt begrep i barnevernretten, og prinsippet vil i barnevernrettslig sammenheng dels gå ut på at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre, og dels at kontakten mellom barnet og foreldrene skal opprettholdes også i de tilfeller hvor barnet vokser opp utenfor hjemmet⁴. I utgangspunktet representerer ikke det biologiske prinsipp noen motsetning mellom barnets beste og foreldrenes interesser, ettersom man legger til grunn at det å vokse opp med sine biologiske foreldre er til barnets beste.

Videre må det legges til grunn at en omsorgsovertakelse er ment å være midlertidig, hvilket allerede følger implisitt av barnevernloven samt av våre menneskerettslige forpliktelser, herunder etter EMDs praktisering av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) punkt 4.19 (s. 54).

² Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (heretter barnevernloven eller bvl.).

³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grunnloven eller Grl.).

⁴ NOU 2016: 16 *Ny barnevernlov — Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse*, punkt 5.3.1.2

(EMK) artikkel 8⁵. Som et utgangspunkt skal barnevernet derfor arbeide for at barnet skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre etter en omsorgsovertakelse⁶, og med dette bidra til at det familiære båndet opprettholdes i den tid barnet er plassert utenfor hjemmet.

Oppgavens formål er å redegjøre for om samværsrettens omfang realiserer en eventuell, fremtidig tilbakeføring, samt om norsk samværspraksis samsvarer med de reglene som fremgår av barnevernloven og EMK – særlig i lys av nyere rettspraksis fra EMD. Det vil i oppgaven vurderes om, og i så fall hvorvidt, en praksisendring kan føre til at det biologiske prinsipp går på bekostning av hensynet til barnets beste.

1.2 Aktualitet

Oppgavens tema har sin bakgrunn i at det norske barnevernet har blitt viet stor oppmerksomhet de seneste årene, både nasjonalt og internasjonalt⁷. Særlig fra øst-europeiske land har det vært rettet voldsom kritikk mot norsk praksis⁸⁻⁹. Til tross for at Norge er rangert på toppen av 180 land i en rapport om ivaretagelse av barn¹⁰, og alltid har hatt et lovfestet tilbakeføringskrav, har Norge mottatt massiv kritikk for å underkommunisere at tilbakeføring et er overordnet mål. Videre er det verdt å nevne at det følger av statistikk fra Statistisk sentralbyrå (SSB) at det i løpet av 2019 var 8 964 barn i alderen 0 til 17 år som var under barnevernets omsorg¹¹. Både antall barn under barnevernets omsorg og den massive kritikken over de seneste årene, viser at temaet er høyst aktuelt.

Aktualiteten gjenspeiles videre ved barnevernrett er et dynamisk rettsområde, og ved at det de siste tiårene har blitt en økende aksept i samfunnet for at barn, i likhet med voksne, er selvstendige rettssubjekter. Dette er nok i hovedsak et resultat av at Norge ratifiserte FNs

⁵ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

⁶ Prop. 169 L (2016-2017) punkt 9.4.4.

⁷ Skogstrøm, «Professor: – Norsk barnevern er i front. Det kan virke som om vi har fått svi for det», Aftenposten.no, <https://www.aftenposten.no/norge/i/50emaO/professor-norsk-barnevern-er-i-front-med-barns-rettigheter-det-kan> (sist besøkt 09.12.20).

⁸ Rett24.no, «EMD dumper 16 saker på Norge samtidig», <https://rett24.no/articles/emd-dumper-16-saker-pa-norge-samtidig> (sist besøkt 09.12.20).

⁹ VG.no, «Massedemonstrasjoner mot norsk barnevern i 19 land», <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/ejxPl/massedemonstrasjoner-mot-norsk-barnevern-i-19-land> (sist besøkt 05.12.20)

¹⁰ The Lancet, *A future for the world's children?*, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)32540-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)32540-1/fulltext), publisert 22.02.20 (sist lest 09.12.20)

¹¹ Statistisk sentralbyrås nettsider: <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barneverng>, tabell 4 (sist besøkt 09.12.20).

barnekonvensjon¹² i 1991 og så inkorporerte konvensjonen i norsk rett i 2003. Samfunnets endrede syn skyldes, foruten inkorporeringen av Barnekonvensjonen, også at barns menneskerettigheter kom inn som egen bestemmelse¹³ i Grunnloven i 2014.

Når det kommer til hvor avklart temaet er, så er det fortsatt stort forbedringspotensial og behov for endringer på barnevernsområdet. Stortinget skjerpet kravet til oppfølging senest gjennom to lovendringer i 2018¹⁴, hvorav den ene endringen var at det ble lagt til en siste setning i bvl. § 4-16 om at barnevernet skal legge til rette for at foreldre skal få «tilbake omsorgen for barnet». Ut fra dette har barnevernet en plikt til å samarbeide med foreldrene om gjenforening, med mindre dette strider mot hensynet til barnets beste. En annen lovendring finner vi i bvl. § 1-7, hvor vi fikk en ny bestemmelse om barnevernets plikt til å samarbeide med barn og foreldre så langt som mulig. Videre vil det nevnes at forslag til ny barnevernlov var på høring i fjor, og at ny barnevernlov etter planen skal behandles våren 2021 – noe som understreker at temaet er aktuelt.

Motsetningsvis må det poengteres at rettstilstanden ikke nødvendigvis er uklar, men at det er praksis som ofte er det kritiske punkt, hvilket gjenspeiles ved at det siden 2015 har blitt behandlet en rekke barnevernssaker i EMD, hvor Norge har blitt domfelt ved flere anledninger. Mest kjent av disse er trolig *Strand Lobben mot Norge*¹⁵, hvor flertallet konkluderte med at det forelå brudd EMK artikkel 8 i forbindelse med inngrep fra barnevernet. Denne dommen gjaldt adopsjon, men er i stor grad brukt som referansedom i senere saker. Siden *Strand Lobben mot Norge* har Norge blitt domfelt i samtlige saker som har blitt ført for EMD, hvilket har gitt klare indikasjoner på at norsk rettspraksis ikke samsvarer med reglene i EMK. I denne forbindelse behandlet Høyesterett tre barnevernssaker i storkammer i mars 2020¹⁶, og det ble den 10. juni 2020 sendt ut informasjonsskriv fra Barne- og familiedepartementet om behandlingen av barnevernssaker til alle landets kommuner og fylkesmannsembeter. Informasjonsskrivet presiserer viktigheten av at

¹² FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen).

¹³ Se Grunnloven § 104.

¹⁴ Lov 20. april 2018 nr. 5 om endringer i barnevernloven mv.

¹⁵ *Strand Lobben mot Norge*, nr. 37283/13.

¹⁶ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

barnevernstjenesten er kjent med Høyesteretts og EMDs uttalelser om hvilke krav EMK artikkel 8¹⁷ stiller til saksbehandling av barnevernssaker etter barnevernloven kapittel 4¹⁸.

1.3 Avgrensninger

Dersom et barn lever i en klart uholdbar situasjon, kan fylkesnemnda fatte vedtak om at kommunen skal overta omsorgen for barnet¹⁹. Oppgavens tema er som sagt prosessen som skjer etter at vedtak om omsorgsovertakelse er fattet, og det avgrenses derfor mot vurderingen av terskelen for omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12. Det avgrenses også mot selve tilbakeføringsvurderingen etter bvl. § 4-21, da det ikke vil tas stilling til om tilbakeføring skulle funnet sted i det aktuelle sakene som drøftes i løpet av oppgaven.

Det avgrenses videre mot adopsjonsspørsmålet både etter norsk rettspraksis og EMDs praksis, og det vil fokuseres på hva det i dommene sies om samværsretten og dens betydning for tilbakeføring.

1.4 Videre fremstilling

Innledningsvis vil det i *punkt 2* gjøres rede for de grunnleggende prinsippene innenfor barnevernrettens område, samt redegjøres for de regler som regulerer barns rett til beskyttelse og omsorg etter Grunnloven, barnevernloven og internasjonale forpliktelser. Derneft vil det i *punkt 3* vises til EMK artikkel 8 og til hvordan samværsretten fremgår av EMDs praksis i saker mot Norge, før jeg vil gå videre til å presentere samværspraksis etter barnevernloven i *punkt 4*. Her vil det fokuseres på samværets betydning for familielivet etter norsk rett, og deretter til hvordan samværet fastsettes. I *punkt 5* vil det foretas en vurdering av samværspraksisen i norsk rett. Det vil i hovedsak forsøkes å illustrere i hvor stor grad internasjonale forpliktelser påvirker Norge på barnevernrettens område, dette gjennom en vurdering av norsk rettspraksis opp mot EMK artikkel 8 og hvordan EMD har tolket artikkelen i seneste dommer.

¹⁷ Om retten til familieliv.

¹⁸ Det kongelige barne- og familiedepartement, *Informasjonsskriv om behandling av barnevernssaker – nye avgjørelser fra Høyesterett*, datert 10. juni 2020.

¹⁹ Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, Omsorgsovertakelse, <https://www.fylkesnemndene.no/no/sakstyper/omsorgsovertakelse/>, (lest 09.12.20).

Avslutningsvis vil det i *punkt 6* vurderes om Norge møter den gitte kritikken, om dette gjenspeiles i nyere fylkesnemndspraksis, samt om det biologiske prinsipp nå eventuelt gis for stor tyngde.

2 Grunnleggende prinsipper

2.1 Retten til familieliv

2.1.1 Retten til familieliv etter EMK

Retten til familieliv er beskyttet av EMK artikkel 8, hvor rettighetene følger av artikkelens første ledd, og vilkårene for inngrep etter annet ledd:

«1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

På grunnlag av dette pålegger EMK artikkel 8 staten både en negativ forpliktelse til ikke å gripe inn i familielivet, og en positiv forpliktelse til å sikre familielivet²⁰.

I barnevernssaker aktualiseres både barnets og foreldrenes rett til familieliv, og inngrep må, for å være akseptabelt i henhold til konvensjonen, ha skjedd i tråd med loven og vært nødvendig i et demokratisk samfunn av offentlige eller private interesser for å møte artikkel 8 annet ledd²¹⁻²². Retten til familieliv har stor betydning ved vurdering av de gjennomførte barnevernstiltakene.

²⁰ NOU 2016: 16 punkt 5.3.1.2.

²¹ *Johansen mot Norge*, nr. 17383/90.

²² UiOs nettsider, *Dom av 7. august 1996 i saken Johansen mot Norge Barnevern; omsorgsovertakelse, nekting av samvær mv.*, https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR2000/h11/undervisningsmateriale/Dom_velferdsrett.pdf, (sist lest 09.12.20)

2.1.2 Retten til familieliv etter Grunnloven

Det vernes også om retten til familielivet i norsk lovgivning. I Grunnloven § 102 første ledd fremgår det at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familie, sitt hjem og sin kommunikasjon».

Utformingen av Grunnloven § 102 har store likhetstrekk med EMK artikkel 8. Grunnloven § 102, jf. § 104, må trolig tolkes tilsvarende EMK artikkel 8 slik at den også inneholder de negative og positive forpliktelser til å verne om familielivet som finnes etter det internasjonale vernet²³, og det er derfor på det rene at retten til familielivet ikke faller bort ved en omsorgsovertakelse²⁴.

Etter en ordlydstolkning av Grunnloven § 102 kan man sitte igjen med en tolkning av at retten til familieliv er absolutt. Ut fra rettspraksis og andre kilder er det likevel klart at retten til familieliv ikke er så absolutt som ordlyden tilsier. Dette gjenspeiles blant annet ved at norske myndigheter kan, med hjemmel i barnevernloven, plassere barnet utenfor hjemmet dersom det vil være til barnets beste at «barnet midlertidig eller permanent flytter inn i en annen familie eller til en barnehjemsinstitusjon»²⁵. I disse tilfellene kan også myndighetene nekte samvær uten at inngrepet strider mot grunnlovsvernet²⁶, noe jeg særlig kommer tilbake til *oppgavens punkt 5.4*. Høyesterett har uttalt at Grunnloven § 102 og § 104 er «komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102»²⁷.

2.2 Barnets beste

Hensynet til barnets beste er det overordnede prinsippet innen barnevernretten²⁸, og fremstår som en av grunnpilarene som barnevernloven bygger på. I en barnevernssak skal vurderingen av barnets beste vurderes etter barnets konkrete interesser, hvor det skal anses som et selvstendig individ med grunnleggende rettigheter.

²³ NOU 2016: 16 punkt 5.3.1.2.

²⁴ Sørensen (2016), punkt 5.3 (s. 338).

²⁵ Dokument 16 (2011-2012), s. 194.

²⁶ Jf. bvl. § 4-19.

²⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 66.

²⁸ Jf. bvl. § 4-1 og Grunnloven § 104.

Det er Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 som danner utgangspunktet for at barnets beste skal tas i betraktning etter norsk rett, men prinsippet fremgår også av flere bestemmelser, både i norsk og internasjonal lovgivning. Av artikkelen fremgår det at «[v]ed alle handlinger som berører barn (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Etter at FNs barnekonvensjon ble inkorporert i menneskerettsloven i 2003, har Barnekonvensjonen gjeldt som norsk lov med forrang fremfor andre lover²⁹.

For å ivareta at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, ved både avgjørelser og handlinger knyttet til barn, ble prinsippet inntatt i Grunnloven § 104 i forbindelse med grunnlovsreformen i 2014³⁰. Behovet for en grunnlovsbestemmelse som ivaretar hensynet til barnets beste fremgår av innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen, hvor det står at barns rettigheter ikke var tilstrekkelig ivaretatt slik Grunnloven var utformet på daværende tidspunkt og at barn derfor burde fått styrket sitt vern gjennom ny grunnlovsbestemmelse i § 104³¹. Et sentralt element bak grunnlovsreformen, er at barn står i en sårbar posisjon ettersom de har behov for voksenes beskyttelse samtidig som de har selvstendige rettigheter.

Av Grunnloven § 104 annet ledd følger det at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Bestemmelsen fastslår at barn ikke har mindre verdi enn voksne, og bestemmelsen innebærer i realiteten et likebehandlingsprinsipp³². Bestemmelsen er lagt tett opp mot Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Dette underbygges i Lønning-utvalgets utredning hvor det heter at formuleringen minner om de formuleringene som er benyttet i Barnekonvensjonen artikkel 3 og *EUs Charter and fundamental rights*³³. Dette gjør at EMDs praksis relatert til disse bestemmelsene, i likhet med tidligere norsk praksis på området, vil være nyttige bidrag til fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse om barnets beste.

Hensynet til barnets beste følger også av bvl. § 4-1, hvor det av bestemmelsen fremgår at prinsippet skal ilegges avgjørende vekt ved anvendelse av barnevernloven. Dette tilsier at

²⁹ Menneskerettsloven § 3

³⁰ Kirsten Sandberg, *Barnets beste i lovgivningen – Betenkning til Barnevoldsutvalget*, s. 6.

³¹ Innst. 186 S (2013-2014), s. 7

³² Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Oslo 2018 s. 53.

³³ Dokument 16 (2011-2012), ofte kalt Lønning-utvalget, punkt 32.5.4

hensynet til barnets beste alltid skal vektlegges ved avgjørelse om omsorgsovertakelse og tilbakeføring, jf. bvl. § 4-12 og 4-21.

Barnets beste er imidlertid et mangfoldig begrep, noe som har ført til at begrepets innhold stadig er gjenstand for diskusjon. Det finnes ingen definisjon i Barnekonvensjonen på hva som ligger i selve begrepet. Derimot er barnets beste et dynamisk begrep som må prøves opp mot andre hensyn, og siden hver sak er unik, vil begrepets innhold variere³⁴. Hensynet til barnets beste skal alltid vurderes konkret i den enkelte sak for det aktuelle barnet, og derfor kan barnets beste i én sak være noe annet enn barnets beste i en annen sak. Barnekomitéen har foreslått en ikke-uttømmende og ikke-hierarkisk liste over elementer som kan inngå i en vurdering av barnets beste ved fastsetting av hensynets innhold³⁵. Barnevernsutvalgets utkast til ny barnevernlov fra 2016 foreslo at momentene i barnets beste-vurderingen skulle fremgå direkte av lovbestemmelsen, og at momentene i stor grad skulle gjenspeile barnekomiteens generelle kommentar nr. 14 til Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1³⁶, men oppstillingen ble ikke tatt til følge i departementets høringsforslag. Høyesterett understreker ellers at det er lagt stor vekt på barnekomitéens generelle kommentarer ved vurdering av barnets beste³⁷.

Hva gjelder EMDs praksis, er det slått fast at hensynet til barnets beste ilegges en betydelig økt vekt, eksempelvis ved at barnets beste skal være «primary»³⁸, «the paramount importance»³⁹ og «must come before all other considerations»⁴⁰.

2.3 Det biologiske prinsipp

Sammen med hensynet til barnets beste, er det biologiske prinsipp et av de overordnede prinsippene innen barnevernretten. Den norske barnevernlovgivningen bygger på grunntanken om at det beste for barn er at de vokser opp hos sine biologiske foreldre⁴¹ – det biologiske prinsipp – og knytter barn og foreldre sammen med et blodsband.

³⁴ Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (2019) s. 56.

³⁵ Komitéen for barns rettigheter, *Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1)*, s. 12 til 16.

³⁶ NOU 2016: 16, s. 54.

³⁷ HR-2020-661 avsnitt 80.

³⁸ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland GC*, no. 41615/07 avsnitt 134.

³⁹ *Strand Lobben mot Norge*, avsnitt 204.

⁴⁰ *Gnahoré v. France J*, 40031/98, avsnitt 59 og *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 204.

⁴¹ Eksempelvis Rt. 1991 s. 557 (s. 561-562).

I norsk rett har ikke det biologiske prinsipp blitt ilagt like stor vekt som hensynet til barnets beste. Til tross for at det biologiske prinsipp ikke eksplisitt fremgår av lovteksten, er det ingen uenighet om at prinsippet gjelder og at det ligger til grunn for loven da det tydelig er uttrykt i barnevernlovens forarbeider⁴² og rettspraksis⁴³.

Videre er det biologiske prinsippet tosidig, og tosidigheten er vel innforstått i dagens barnevernlov og følger for øvrig av Barnekonvensjonens artikler. For det første har foreldrene det primære omsorgsansvaret, mens det offentlige har det subsidiære ansvaret for barnet i tilfeller hvor omsorgen fra foreldrene svikter. For det andre har foreldre og barnet rett til samvær med hverandre dersom den offentlige barnevernstjenesten har overtatt omsorgen⁴⁴.

Der omsorgen for barnet ikke er tilstrekkelig ivaretatt av foreldrene, og omsorgen må overtas av det offentlige, skal opprettholdelsen av kontakten med foreldrene best mulig sikres. For å ivareta det biologiske prinsipp, har lovgiver gitt barnet og dets biologiske foreldre en rett til samvær etter bvl. § 4-19. At samværsretten er forankret i det biologiske prinsipp, bygger på at et samvær vil bevare familierelasjonen, ved at samværet vil kunne tjene som et middel for å nå målet om tilbakeføring⁴⁵, samt at det har en egenverdi for barnet å få opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre⁴⁶.

Det følger av bvl. § 4-21 at fylkesnemnda skal «oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg».

Bestemmelsen underbygger utgangspunktet om at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig, og at det vil være til barnets beste med en familiegjennomføring i de tilfeller hvor det biologiske foreldre kan yte tilstrekkelig omsorg.

2.4 Barns rett til omsorg og beskyttelse

Utviklingen og styrkingen av barns vern og rettigheter i Norge har i stor grad sprunget ut av menneskerettighetene. I Norge var for øvrig De Castbergske barnelover, vedtatt i 1915, en forløper for Barnekonvensjonens prinsipp om at barnet er et selvstendig rettssubjekt

⁴² Ot.prp. nr. 44 (1991–1992), s. 51.

⁴³ Eksempelvis Rt. 2012 s. 1832.

⁴⁴ Jf. bvl. § 4-19.

⁴⁵ Aall (2015), s. 239.

⁴⁶ NOU 2012: 5 Om bedre beskyttelse av barns utvikling, s. 101.

uavhengig av foreldrenes posisjon⁴⁷. Menneskerettighetene gjelder for alle, både barn og voksne, men barns rettigheter har likevel ikke alltid blitt tilstrekkelig ivaretatt. Manglende vern av barns rettigheter har derfor ført til en internasjonal utvikling av rettigheter som særskilt gjelder for barn⁴⁸.

I Norge har barnevernet en plikt til å legge til rette for både barn og foreldre ved omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-16. Av bestemmelsen står det at «[b]arneverntjenesten har etter omsorgsovertakelsen et løpende og helhetlig ansvar for oppfølgingen av barnet, herunder et ansvar for å følge utviklingen til barnet og foreldrene». Videre pålegger bestemmelsen barneverntjenesten en fortløpende plikt til å følge med på hvordan relasjonen mellom barn og foreldre utvikler seg, samt om forholdene som lå til grunn for omsorgsovertakelsen blir endret.

Bestemmelsen ble i 2018 supplert med en siste setning, hvor det i sjette punktum fremgår at der «hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet, jf. § 4-21». Av lovens forarbeider er nytt *sjette punktum* ment som en presisering av at der hensynet til barnet ikke taler mot det, skal barneverntjenesten legge til rette for at foreldrene kan få tilbake omsorgen for barnet⁴⁹.

2.5 Det mildeste inngreps prinsipp

Prinsippet innebærer at det mildeste inngrep skal velges dersom dette kan være nok til å gjøre barnets omsorgssituasjon tilfredsstillende, og at det derfor ikke skal iverksettes mer omfattende tiltak enn situasjonen krever.

Det mildeste inngreps prinsipp er nedfelt i flere av barnevernlovens tiltaksbestemmelser, og kommer klarest frem i bvl. § 4-12 annet ledd. Det følger eksplisitt av bestemmelsens annet ledd at vedtak om omsorgsovertakelse kan «ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11».

⁴⁷ Geir Kjell Andersland (red.), *De Castbergske barnelover 1915-2015*, Cappelen Akademisk 2015.

⁴⁸ Bendiksen og Haugli (2018), s. 39.

⁴⁹ Prop. 169 L (2016-2017), s. 144.

Prinsippet er også et alminnelig forvaltningsrettsligprinsipp, og kan også videre ses på som et forholdsmessighetsprinsipp ettersom begrensninger i samværet må stå i et rimelig forhold til formålet bak tiltaket⁵⁰. Forholdsmessighetskravet gjelder også etter EMK artikkel 8⁵¹.

Til tross for utgangspunktet om at det mildeste inngrep skal velges, oppstår det av og til omsorgssituasjoner av en slik alvorlig karakter at det er klart at vedtak om omsorgsovertakelse må fattes, og derfor at et midlere tiltak ikke ville kunne føre frem. Loven oppstiller ikke vilkår om at mildere tiltak alltid må være forsøkt først, men mildere tiltak må ha vært vurdert og dette skal komme tydelig frem av vedtaket.

2.6 Legalitetsprinsippet

Da en omsorgsovertakelse er et svært inngripende tiltak, er det viktig at det stilles krav til slik myndighetsutøvelse. Legalitetsprinsippet, som lenge var ulovfestet rett, ble grunnlovsfestet i 2014, og innebærer at staten ikke kan gjøre inngrep i borgernes rettsstilling uten hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Legalitetsprinsippet kommer også frem i EMK artikkel 8 nr. 2, hvor det følger at inngrep av offentlig myndighet må ha hjemmel i lov. Barnekonvensjonen hjemler også prinsippet i konvensjonens artikkel 16, hvor det fremgår at barn ikke skal utsettes for hverken «vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie [eller] sitt hjem».

Legalitetsprinsippetets oppgave er å sette skranker for tilfeller hvor det ikke alltid er klart om alle vilkårene i bestemmelsen faktisk er oppfylt. Dette kan eksempelvis illustreres ved at legalitetsprinsippet setter sperrer for i hvor stor grad fylkesnemnda står fritt til å tolke lovens ordlyd, og man kan ut fra dette se at legalitetsprinsippet er et prinsipp om både lovhjemmel og lovtolkning.

⁵⁰ NOU 2012: 5, s. 41.

⁵¹ NOU 2016: 16, vedlegg 4, s. 340.

3 Samværsrett etter EMDs praksis i saker mot Norge

3.1 EMDs betydning for norsk rett

EMD har de siste årene behandlet en rekke klager mot Norge. Hva gjelder EMDs betydning for norsk rett, har Høyesterett uttalt at norske domstoler skal «benytte de samme tolkingsprinsipper som EMD» ved tolkning av EMK⁵². Dette innebærer at EMDs praksis får stor betydning når EMK skal anvendes i norsk rett.

3.2 Samværsretten etter EMK artikkel 8

Barns og foreldres rett til familieliv etter EMK artikkel 8 er et av de temaene som har blitt underlagt mest omfattende behandling i norsk og internasjonal juridisk teori⁵³. I de barnevernssaker som har blitt behandlet i EMD, har retten til familieliv vært en av de rettighetene som har vært oftest behandlet:

«According to the Court's well established case-law, "the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life" and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8»⁵⁴.

En restriktiv samværspraksis etter omsorgsovertakelse har vært en gjenganger i de barnevernssakene der Norge er dømt for brudd på menneskerettighetene. Siden 2015 har EMD tatt inn 36 saker som berører norsk barnevern – ni av sakene er ferdig behandlet⁵⁵, hvor syv av sakene har endt med fellende dom mot Norge.

⁵² Rt 2000 s. 996 (s. 1007).

⁵³ Stang og Baugerud (2018), punkt 3.6.1.

⁵⁴ *McMichael mot England* avsnitt 86.

⁵⁵ *M.L. mot Norge* (nr. 43701/14), *Mohamed Hasan mot Norge* (nr. 27496/15), *Jansen mot Norge* (nr. 2822/16), *Strand Lobben mot Norge* (nr. 37283/13), *K.O. og V.M. mot Norge* (nr. 64808/16), *A.S. mot Norge* (nr. 60371/15), *Abdi Ibrahim mot Norge* (nr. 15379/16), *Pedersen med flere mot Norge* (nr. 39710/15) og *Hernehult mot Norge* (nr. 14652/16).

3.3 Praksis

3.3.1 Innledning

I dette delkapittelet skal det redegjøres for de syv seneste sakene som har endt med domfellelse mot Norge, i forsøk på å belyse EMDs syns på norsk samværs- og gjenforeningspraksis. EMD har de siste årene kommet med en rekke uttalelser på hvordan EMK skal tolkes, og særlig fra og med *Strand Lobben mot Norge*. Gjennomgående for alle sakene, er problemstillingen om norske myndigheter har krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

Det vil i det følgende foretas en gjennomgang av de tolkningsprinsippene som er blitt utviklet gjennom EMDs rettspraksis, og hvordan avveiningsforholdet mellom hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp ble foretatt.

Det vil først vises til to dommer, *Johansen mot Norge* og *Jansen mot Norge*, for å illustrere hvordan rettstilstanden var før *Strand Lobben mot Norge* og deretter vise til de endringene Strand Lobben-dommen medførte. Deretter vil det videre ses til EMDs ytterligere uttalelser i *K.O. og V.M. mot Norge*, *A.S. mot Norge*, *Abdi Ibrahim mot Norge*, *Pedersen med flere mot Norge* og *Hernehult mot Norge*.

3.3.2 Johansen mot Norge

I *Johansen mot Norge* fødte klager desember 1989 en datter, og seks dager etter fødsel ble barnet plassert i beredskapshjem. Da moren hadde alvorlige psykiske problemer, og nektet å motta hjelp, ble det kort tid etter fødsel fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Barnet ble plassert på en sperret adresse og det ble fattet vedtak om samværsnekt, og siden vedtak om adopsjon. Klager flyttet i senere tid til Danmark hvor hun fikk en ny datter og dette barnet hadde god utvikling.

Da klager påklaget vedtaket til fylkesnemnda og tingretten uten ønsket resultat, samt at Høyesterett kjæremålsutvalg nektet å fremme anken, brakte klager saken inn for EMD. Norge ble den 7. september 1996 dømt for krenkelse av EMK artikkel 8.

Et av spørsmålet i saken gjaldt klagers foreldrerettigheter og hennes samvær med datteren. EMD konstaterte at omsorgsovertakelse av et barn normalt må anses å være av midlertidig

karakter («temporary measure»), og bør ha som endelig formål å gjenforene («the ultimate aim of reuniting») barnet med dets biologiske foreldre⁵⁶. Myndighetene bør derfor forsøke iverksetting av tiltak som kan muliggjøre en slik tilbakeføring.

I mange tilfeller er det slik at foreldrene ønsker å fortsette samværet med barnet. Imidlertid oppstår det ofte motstrid mellom barnets beste og foreldrenes interesse i disse tilfellene. EMD uttalte i denne forbindelse at det må finnes frem til en rimelig balanse mellom barnets og foreldrenes interesse, og at myndighetene ved en slik balansert avveining «will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent»⁵⁷.

I foreliggende sak anså norske myndigheter at klagers interesse måtte vike til fordel for barnets. EMD var enig med gyldigheten av vedtaket om omsorgsovertakelse, men fastslo at selve krenkelsen gjaldt fratakelse av foreldreansvaret ved adopsjon samt at det ikke tidligere ble innvilget samværsrett. Hele prosessen fra omsorgsovertakelse til adopsjon gikk alt for fort, og det ble ikke åpnet for en tilbakeføring:

«it cannot be said that those difficulties and that risk were of such a nature and degree as to dispense the authorities altogether from their normal obligation under Article 8 of the Convention (art. 8) to take measures with a view to reuniting them if the mother were to become able to provide the daughter with a satisfactory upbringing»⁵⁸.

EMD anså det slik at norske myndigheter ikke hadde gjort nok for å bidra til en gjenforening mellom klager og barnet, og dommen illustrerer at det allerede i 1996 forelå en plikt for myndighetene å hjelpe til i denne prosessen.

3.3.3 Jansen mot Norge

Den 6. september 2018 ble Norge domfelt for brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8 i *Jansen mot Norge*⁵⁹. Saken var den tredje i en rekke av barnevernssaker mot Norge som har blitt behandlet i EMD de siste årene. Norge ble frifunnet i de første sakene⁶⁰.

⁵⁶ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁵⁷ *Johansen mot Norge* avsnitt 78.

⁵⁸ *Johansen mot Norge* avsnitt 83.

⁵⁹ *Jansen mot Norge*, nr. 2822/16.

⁶⁰ *Mohamed Hasan mot Norge* (nr. 27496/15) og *M.L. mot Norge* (nr. 43701/14)

I *Jansen mot Norge* var spørsmålet om det å nekte samvær for et foreldrepar som var fratatt omsorgen for sitt barn, ville innebære en krenkelse av EMK artikkel 8 om retten til privatliv. Klageren var norsk statsborger og fødte i 2011 et barn. Hun bodde på den tiden hjemme hos sine foreldre som tilhørte romfolket. Hun ble kort tid etter fødsel kastet ut av foreldrenes hjem, og flyttet i den forbindelse inn på et familiesenter. Mens klageren var bosatt på familiesenteret, knivstakk klagers far et nabopar som han anklaget for å ha hjulpet klager med å flytte dit. Etter noen måneder flyttet klager hjem igjen, hvilke medførte til at barnevernstjenesten kort tid etter ba om omsorgsovertakelse.

Barnet ble i 2012 flyttet til et beredskapshjem på hemmelig adresse, og samvær ble fastsatt til én time i uken under tilsyn grunnet frykt for bortføring av barnet. Barnet bodde i beredskapshjem i tre måneder, og barnet ble flyttet til hennes nåværende fosterhjem. Klager ble i desember 2012 gitt samvær under tilsyn med barnet én time fire ganger i året, samtidig som fosterhjemmets adresse ble holdt hemmelig. Tingretten besluttet i juli 2012 at klager ikke hadde rett til kontakt med barnet av hensyn til barnets beste og den åpenbare bortføringsrisikoen. Da klagers krav førte ikke frem i lagmannsretten og Høyesterett, brakte klager saken inn for EMD⁶¹.

Det vil bemerkes at samværsnekt, sammen med tvangsadopsjon, er de mest tydelige krenkelsene av retten til familieliv. I EMD ble spørsmålet om bortføringsfaren kunne rettferdiggjøre avgjørelsen om samværsnekt selv om dette ville vanskeliggjøre en senere tilbakeføring. Norske myndigheter begrunnet samværsnekten med bortføringsfaren klagers far medførte, men EMD sier derimot at norske myndigheter begrunnet samværsnekten ut fra hensynet til barnets beste, men at «[t]he Court has no basis for finding that the domestic courts erred in assessing the abduction risk and qualifying it as “a real risk” in accordance with domestic case-law»⁶².

Videre påpeker EMD at Høyesteretts avgjørelse «did not focus on reuniting [the child] and the applicant (...) or on preparing for reunification in the near future, but rather on protecting [the child] from a potential abduction and its consequences»⁶³. I saken ble hensynet til barnets beste ilagt betydelig vekt, dette på bekostning av formålet om gjenforening og klagers rett til familieliv. Det som er interessant er at selv om EMD påpeker hensynet til barnets beste skal

⁶¹ Lovdata.no/pro, *Jansen mot Norge* (norsk sammendrag).

⁶² *Jansen mot Norge* avsnitt 97.

⁶³ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

være av «paramount importance»⁶⁴, mente de likevel at hensynet hindret gjenforeningsmålet. Dommen illustrerer at et hensyn ikke kan utelukke et annet, og at staten derfor må iverksette tiltak i samsvar med barnets beste *samtidig* som det må foreligge et formål om gjenforening.

EMD sine uttalelser er gitt i tråd med det utgangspunkt om at en omsorgsovertakelse skal være av midlertidig karakter – og her vil samværet være avgjørende for om en gjenforening kan gjennomføres. I praksis er det umulig med gjenforening når det er for liten kontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre. I de tilfeller hvor det på et senere tidspunkt er overveiende sannsynlig at de biologiske foreldrene kan gi god nok omsorg, men hvor det ikke har forelagt nok kontakt mellom foreldrene og barnet, vil barnet ha hele sin tilknytning til fosterforeldrene og til det nye miljøet. Det er derfor viktig at selv om det foreligger en omsorgsovertakelse, må det fastsettes tilstrekkelig med samvær. Konsekvensen av manglende samvær aktualiseres her i *Jansen-dommen*, da barnet ikke kunne tilbakeføres til moren grunnet manglende samvær, og det er disse tilfellene som blir vurdert som en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

Det må avslutningsvis poengteres at dommen har mottatt kritikk da det stilles spørsmål ved om EMD bagatelliserer kidnappingsfaren. EMD er derimot klar i de tolkningsprinsippene som legges til grunn for vurderingen av krenkelsen.

3.3.4 Strand Lobben med flere mot Norge

Strand Lobben mot Norge vakte stor oppmerksomhet ettersom den ble behandlet i storkammer, og derfor er en såkalt «key case». Saken gjaldt fratakelse av foreldreretten og samtykke til adopsjon mot biologisk mors vilje, og spørsmålet var om dette utgjorde en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Mor stod i en krevende livssituasjon da hun ble gravid i desember 2007, og tok selv kontakt med barnevernet i forkant av fødsel. Etter fødsel tilbrakte hun og barnet de første ukene sammen på et familiesenter, og de ansatte uttrykte raskt bekymring for både mor og barn. Som en konsekvens, ble barnet midlertidig plassert utenfor hjemmet og det ble senere fattet vedtak om omsorgsovertakelse, hvor fylkesnemnda la til grunn at barnet sannsynligvis ville vokse opp i fosterhjemmet.

⁶⁴ *Jansen mot Norge* avsnitt 103.

Lagmannsretten opprettholdt vedtaket, og samværsretten ble satt til to timer fire ganger i året. Klager anket ikke.

Mor ba siden tilbakeføring overfor barneverntjenesten, subsidiært ønske om økning av samværsretten. Barnevernet fremmet i denne forbindelse sak om fratakelse av foreldreansvaret og samtykke til adopsjon, noe fylkesnemnda tok til følge. Klager fikk ikke medhold i tingretten, og både lagmannsretten og Høyesteretts ankeutvalg nektet anken fremmet. Mor klaget deretter saken inn for EMD, og Norge ble den 30. november 2017 frifunnet under dissens 4-3. Mor begjærte så overprøving i storkammer, hvilke resulterte i at EMD den 10. september 2019, under dissens 13-4, konstaterte at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8.

I dommen har EMD⁶⁵ brukt stor plass på å få frem de sentrale tolkningsprinsipper hva gjelder retten til familieliv etter EMK artikkel 8. EMD starter vurderingen innledningsvis med å understreke at «the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life» og uttaler videre at tiltak som hindrer en slik glede «amount to an interference with the right protected by this provision»⁶⁶.

Videre understreker EMD i dommens avsnitt 208 at det rettslige utgangspunktet er at omsorgsovertakelser er midlertidige tiltak («should be regarded as a temporary measure»)⁶⁷ med et overordnet tilbakeføringsmål, hvor det skal arbeides for gjenforening dersom dette vil være til barnets beste⁶⁸ («the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child»)⁶⁹. I alle tilfeller, også når gjenforeningsmålsetningen er oppgitt, vil samvær ha en egenverdi.

Flertallet mente at norske domstoler fokuserte for ensidig på barnet i adopsjonsspørsmålet, uten at spørsmålet ble balansert opp mot hensynet til de biologiske foreldrene ettersom mors interesser og utvikling ikke ble tilstrekkelig hensyntatt av tingretten («did not attempt to perform a genuine balancing exercise»)⁷⁰. I saker om omsorgsovertakelse skal vedtaket fattes på grunnlag av en balansert avveining mellom interessene («a fair balance between those

⁶⁵ Momentene nevnt i *pkt. 3.3.4.* baserer seg på domstolens flertall, og selv om flertallet er delt opp i to fraksjoner (på forholdsvis 6 og 7 dommere), vil ikke dette utdypes noe videre.

⁶⁶ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 202.

⁶⁷ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 208.

⁶⁸ Prop. 169 L (2016-2017) s. 144.

⁶⁹ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 208.

⁷⁰ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 220.

interests»)⁷¹, da det å rette for stort fokus på bare den ene partens interesser vil være en krenkelse av konvensjonen. Ved en eventuell motstrid, skal hensynet til barnets beste være det avgjørende («may override those of the parents»)⁷².

EMD gikk så videre til å se på det begrensede samværet mellom mor og barn. Både fylkesnemnda og lagmannsretten anså omsorgsovertakelsen som langvarig, og samværets formål var derfor ikke å forene mor og barn, men å gi barnet mulighet til å bli kjent med sine biologiske røtter. Da det kun var gitt svært begrenset samvær, forelå det få holdepunkter for å vurdere hvorvidt mor senere hadde tilegnet seg tilstrekkelige omsorgsevner og om hennes livssituasjon hadde bedret seg. EMD problematiserte også hvorvidt barnet var særlig sårbart ettersom sårbarheten ikke var tydelig nok dokumentert⁷³.

Avslutningsvis må det poengteres at det interessante er det de 13 dommerne i flertallet er enige om, er at *gjenforeningsoppsetningen ble oppgitt for tidlig ved å gi for lite samvær som ikke var gode nok*, og at den videre behandling *ikke var bygget på oppdatert kunnskap*.

Dommen er blitt en «referansedom» som poengterer hvordan hensynet til det biologiske prinsipp skal bli praktisert i norsk rett. Selv om dommen først og fremst har betydning for adopsjonsspørsmålet, legger den også føringer for andre området innenfor barnevernretten – særlig midlertidigheten av vedtaket⁷⁴.

3.3.5 K.O. og V.M. mot Norge

Saken gjaldt akutt plassering av spedbarn kort tid etter fødsel, senere fosterhjems plassering, og det ble fastsatt begrenset samvær mellom barnet og dets biologiske foreldre.

Vurderingen i *K.O. og V.M. mot Norge* var tredelt, og gjaldt spørsmål vedrørende saksbehandling, omsorgsovertakelse og samværsfastsettelse. Etter EMDs vurdering forelå ingen grunn til å domfelle Norge vedrørende saksbehandlingen da både fylkesnemnda og tingretten hadde foretatt grundige vurderinger av saken, og heller ingen holdepunkter som tilsa at omsorgsovertakelsen hadde krenket foreldrenes rettigheter. Derimot konkluderte EMD med at det forelå krenkelse av samværsretten.

⁷¹ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 206.

⁷² *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 206.

⁷³ Sjøvig og Tjelmeland, *Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner*, s. 348.

⁷⁴ Samme ref, s. 351.

I vurderingen av samværsfastsettelsen, henviste EMD i stor grad til *Strand Lobben-dommen*. Lagmannsretten og tingretten hadde innvilget samvær på bakgrunn av at barnet skulle få en viss kjennskap til foreldrene sine, men samværet var begrenset ut fra hensynet til barnets beste og et behov for stabilitet i fosterhjemmet. EMD mente at norske myndigheter, på et veldig tidlig stadium, la til grunn at omsorgsovertakelsen skulle være langvarig, og dermed i praksis forlot gjenforeningsmålsetningen («implicitly gave up reunification as the ultimate goal»)⁷⁵ uten å redegjøre for hvorfor en gjenforening ikke ville være forenelig med barnets beste («justified in concluding that the ultimate aim of reunification is no longer compatible with the best interests of the child»)⁷⁶. Med andre ord kan dette forstås som at gjenforeningsmålet kan forlates dersom det vises til at en gjenforening vil stride mot barnets beste⁷⁷.

Et av det interessante punktene i dommen, er at EMD uttaler at familiegjenforening normalt ikke kan forventes («cannot normally be expected to be sufficiently supported») dersom det er uker eller måneders («intervals of weeks, or even (...) as much as months») mellomrom hvert samvær⁷⁸. Denne uttalelsen har senere vært problematisert ettersom et slikt samværsomfang i praksis vil være svært vanskelig å etterfølge. Sandberg har blant annet uttalt at utsagnet må ses i lys av den konkrete saken da barnet i denne dommen var velfungerende, og samværerne med foreldrene hadde vært gode. Dommen kan derfor ikke tas til inntekt for at det ikke kan gå en tid mellom hvert samvær⁷⁹.

Søvig er annen av dem som har uttalt seg om dommen, og mener at dommen «er den som umiddelbart har de største konsekvensene for dagens praksis i barnevernet» ettersom samværsomfanget vil ofte være omtrent som i *K.O. og V.M.*⁸⁰.

3.3.6 A.S. mot Norge

Dommen gjaldt klage på manglende tilbakeføring av barn på fem år og tre måneder, avskjæring av samværsrett mellom mor og barn, samt plassering på sperret adresse. Barnet hadde vært i beredskapshjem siden han var to år og tre måneder, og vedtak om

⁷⁵ *K.O. og V.M. mot Norge* avsnitt 68.

⁷⁶ *K.O. og V.M. mot Norge* avsnitt 69.

⁷⁷ Sørensen, «Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8», s. 155.

⁷⁸ *V.M. og K.O. mot Norge* avsnitt 69.

⁷⁹ Sandberg (2020), «Storkammeravgjørelsene om barnevern», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2020/2, s. 157.

⁸⁰ Søvig (2020), «Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge», Juridika.no.

omsorgsovertakelse ble fattet seks måneder senere. Samværet var satt til én time to ganger i året.

EMD tok utgangspunkt i de vurderingsmomentene som ble nevnt i *Johansen mot Norge* og *Strand Lobben mot Norge*⁸¹, og mente at beslutningsgrunnlaget ikke var godt nok. Det ble i denne forbindelse uttalt at tingretten måtte ha et bredt og oppdatert grunnlag for å kunne fatte en dom i saken. I denne sammenheng viste EMD til at barnets biologiske mor hevdet at hennes foreldreegenskaper var blitt forbedret.

Allerede under første behandling i fylkesnemnda, ble det besluttet at plasseringen skulle være langvarig. Dette førte til at det ble fastsatt svært lite samvær, hvilke resulterte i en «sementering» av situasjonen. Det restriktive samværet fikk stor betydning i ettertid da forholdene tilsa at det ikke kunne legges til rette for gjenforening.

3.3.7 Abdi Ibrahim mot Norge

Dommen gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon, i tillegg til spørsmål om plassering i fosterhjem med en annen religiøs orientering enn biologisk opphav. Barnet kom til Norge sammen med sin mor da han var syv måneder gammel, og det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse da barnet var 13 måneder gammelt. Til tross for at tingretten var usikker på om plasseringen skulle være langvarig, ble samværet satt til bare én time seks ganger i året.

Barnets mor hadde ikke søkt om gjenforening, men norske myndigheter hadde likevel en positiv plikt for å tilrettelegge for at barnet og dets mor skulle opprettholde kontakten. EMD uttrykte at grunnlaget og prosessen som førte frem til tvangsadopsjonen ikke var tilstrekkelig, særlig fordi det i saken var svært begrenset samvær og ellers lite arbeid for en eventuell gjenforening.

Barnet hadde reagert på de få samværene som hadde funnet sted etter omsorgsovertakelsen, men imidlertid var det få bevis som tilsa at det ikke ville være i barnets interesse å ha kontakt med mor. I stedet for å begrunne behovet for å kutte kontakten mellom mor og barn, hevdet EMD at lagmannsretten hadde hatt for stort fokus på fosterforeldrenes skepsis og dette på bekostning av morens rett til familieliv, samt på de potensielt negative konsekvensene ved å

⁸¹ A.S. *mot Norge* avsnitt 62.

returnere barnet med dets biologiske mor. EMD presiserte at gjenforeningsformålet bare kan oppgis etter «careful consideration and also taking into account the authorities' positive duty to take measures to facilitate family reunification»⁸².

3.3.8 Pedersen med flere mot Norge

Den 10. mars 2020 domfelte EMD Norge i to nye barnevernssaker, *Pedersen med flere mot Norge* og *Hernehult mot Norge*.

Pedersen med flere mot Norge gjaldt spørsmålet om fratagelse av foreldreansvar og adopsjon av biologisk barn, samt begrenset kontakt i etterkant av adopsjonen, utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8 om retten til respekt for familielivet⁸³. I saken ble barnet plassert utenfor hjemmet kort tid etter fødsel, som et resultat av at foreldrene led av psykisk sykdom og derav ikke var i stand til å ta vare på barnet. I tillegg til psykisk sykdom var det også konflikt mellom barnets foreldre på dette tidspunktet, og barnets far ønsket at barnevernet skulle overta omsorgen for barnet. Våren etter omsorgsovertakelsen bodde barnets mor sammen med barnet på et familiesenter, med det formål å legge til rett for en tilbakeføring. Grunnet mangler ved mors omsorgsevne samt negativ utvikling hos barnet som en følge av dette, ble det fattet et nytt akuttvedtak om omsorgsovertakelse av barnet.

Fylkesnemnda fattet vedtak om besøkskontakt fire timer to ganger i året under tilsyn i forbindelse med adopsjonen. Etter anke til tingretten ble vedtakelse opprettholdt, men besøkskontakten ble redusert til to timer to ganger i året. Lagmannsretten utvidet besøkskontakten til tre timer fire ganger i året. I Høyesterett ble tingrettens avgjørelse opprettholdt ved at adopsjonen skulle tillates.

Igjen konkluderte domstolen med at det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 8, da det ble lagt til grunn at omsorgsovertakelsen allerede på tidlig tidspunkt ville være langvarig. Norske domstoler var seg ikke bevisst noe gjenforeningsmål, hvilket gjorde at en mulig gjenforening falt bort. Ettersom det ikke lenger forelå et gjenforeningsmål, ble samværsomfanget fastsatt i begrenset grad, og manglende samvær resulterte derfor i at familiebandene ble brutt.

⁸² *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 61 – sammenfallende med *A.S. mot Norge* avsnitt 61.

⁸³ Lovdatas nettsider, norsk sammendrag, <https://lovdata.no/pro/#document/EMDN/avgjorelse/emdn-2015-39710-norge?searchResultContext=2355&rowNumber=1&totalHits=5> (sist lest 09.12.20).

Utgangspunktet er at det må være samvær for å tilfredsstille gjenforeningsmålsetningen, samt at det også må være nok samvær for at den skal være realistisk. I noen tilfeller er det riktig å oppgi gjenforeningsmålsetningen når den er urealistisk. Men også da gjelder den gjensidige retten til samvær. Det skal alltid konkret vurderes, og det er ikke tilstrekkelig med en standarduttalelse om 3 til 6 samvær i året som har vært vanlig praksis ved langvarige omsorgsovertakelse⁸⁴. Dette kommer jeg tilbake til i *punkt 4.4*.

Regjeringen anket dommen, men dommen ble endelig den 7. september 2020 og det er dermed klart at EMD ikke slipper den inn til storkammer.

3.3.9 Hernehult mot Norge

I *Hernehult mot Norge* gjaldt spørsmålet om fremgangsmåten i den konkrete saken og de hensynene som lå bak omsorgsovertakelsen, innebar en krenkelse av EMK artikkel 8 om retten til familieliv.

I saken hadde en svensk mann og hans rumenske kone blitt fratatt omsorgen for deres tre barn, ettersom barnevernet konkluderte med at det forelå en alvorlig risiko for særlig den eldste guttens omsorgssituasjon. Fylkesnemnda fattet deretter vedtak om omsorgsovertakelse, og samværet ble satt til én og en halv time fire ganger årlig. Fylkesnemnda kom til at hjelpetiltak ikke ville være tilstrekkelig i den konkrete saken, da foreldrene ikke hadde noen nevneverdig tillitt til barnevernet. De to yngste barna ble plassert i samme fosterhjem, mens det eldste barnet ble plassert på en institusjon, da eldsteguttens funksjonshemming gjorde at fosterfamilien ikke klarte å møte guttens behov. I tingretten ble fylkesnemndas vedtak opprettholdt, men samværet for eldstesønnen ble redusert til en og en halv time to ganger i året. Lagmannsretten kom derimot til at den eldste gutten skulle tilbakeføres til foreldrene, mens de to yngste barna skulle forbli i fosterhjemmet i en langvarig omsorgsovertakelse. Samværsretten ble derimot utvidet, og det ble gitt besøksrettigheter seks ganger årlig med en varighet på seks timer. Høyesteretts ankeutvalg nektet saken fremmet.

EMD vurderte det slik at det forelå en krenkelse av retten til familieliv etter EMK artikkel 8 på grunnlag av fremgangsmåten ved omsorgsovertakelsen, samt at det ikke forelå et overordnet mål om gjenforening. Det ble tidlig i prosessen lagt til grunn at

⁸⁴ Rt. 2012 s. 1832.

omsorgsovertakelsen var ment å være langvarig, etter kontakt fire ganger i året i en og en halv time hver gang ikke hadde som mål å legge til rette for at barn kan komme tilbake til deres foreldre⁸⁵.

Videre blir norske myndigheter kritisert for å ikke vurdere sakene hver for seg, samtidig som at det var kritikkverdig at hjelpetiltak kun var førte til at eldstesønnen ble tilbakeført, mens tiltakene ikke var tilstrekkelig for de to yngste. Myndighetene hadde derfor ikke gjennomført «sufficiently serious and sustained efforts» for å bevare familierelasjonen mellom foreldrene og de to yngste barna⁸⁶.

Dommen illustrerer at det må foretas en grundig vurdering («careful consideration»)⁸⁷ for at langvarige omsorgsovertakelser skal kunne anses som rettmessige.

Norge anket avgjørelsen, men anken ble ikke tatt til følge. Dommen ble endelig den 7. september 2020.

3.4 Betydningen av EMDs avgjørelser for norsk rettspraksis

Som nevnt under *punkt 3.1*, får EMDs praksis stor betydning når EMK skal anvendes i norsk rett, hvilke underbygges av Høyesteretts uttalelse om at norske domstoler skal bruke de samme tolkningsprinsippet som EMD ved tolkning av EMK.

Det kan fremstå som at EMD tolererte en mer begrenset samværsrett før *Strand Lobben mot Norge* ble behandlet i storkammer. Dette gjenspeiles i den medgåtte tiden fra Norge ble domfelt i *Johansen mot Norge* til domfellelse i *Jansen mot Norge*. Etter *Strand Lobben* i storkammer har Norge blitt domfelt ved en rekke anledninger.

Norge har ikke blitt dømt for selve omsorgsovertakelsen i noen av de nevnt sakene, men har blitt kritisert for å ha oppgitt gjenforeningsmålet på et tidlig stadium uten å ha begrunnet hvorfor. Siden omsorgsovertakelsen har blitt ansett som langvarig med lite samvær, har ikke de norske myndighetene oppfylt deres positive plikt til å tilrettelegge for en fremtidig gjenforening. Ved manglende samvær vil det kunne bli vanskelig å se for seg en fremtidig

⁸⁵ *Hernehult mot Norge* avsnitt 73.

⁸⁶ *Hernehult mot Norge* avsnitt 76.

⁸⁷ *Hernehult mot Norge* avsnitt 74.

gjenforening, og myndighetene må derfor handle på en slik måte at gjenforeningsmålsetningen holdes reell – eller foreta en grundig vurdering for de tilfeller hvor det ikke er aktuelt med en gjenforening. Det er dermed klart at de seneste føringene fra EMD taler for at det må innvilges mer samvær, hvilket i større grad også vil ivareta det biologiske prinsipp.

Gjennomgående er det klart at kritikken fra EMD prinsipielt går på at Norge i for liten grad avveier hensynet til barnets beste mot retten til familieliv ved en eventuell motsetning. I dommene ønsker EMD å få frem at barnets beste fortsatt er et overordnet hensyn, men når barnets beste betyr at man må bryte familiebandene, må begrunnelsen komme tydeligere frem og det må vises til en tilstrekkelig grundig vurdering. Norge blir blant annet kritisert for å underkommunisere det biologiske prinsipp og retten til familieliv, og EMD setter nå familien i større fokus enn tidligere. Det ønskes ikke lenger at det skal fokuseres for ensidig på den ene part, slik som i eksempelvis *Strand Lobben-dommen*⁸⁸ og *Abdi Ibrahim-dommen*⁸⁹.

For ensidig fokus gjenspeiles blant annet i *Strand Lobben-dommen* hvor mindretallet i flertallet er kritisk til norske myndigheters vektlegging av hensynet til barnets beste: «The authorities' argument that the child's reactions would decrease and the degree of contact could be improved if the sessions became less frequent (...) cannot be considered as anything other than cynical»⁹⁰. Uttalelsen taler i retning av at barnets beste ikke nødvendigvis er av avgjørende betydning ved samværsfastsetting, og at det skal legges større vekt på retten til familieliv – både for barnet og foreldrene.

Hovedessensen er likevel at det biologiske prinsipp ikke bare handler om vernet av foreldrenes interesser, men også om barnets rett til familieliv. Det biologiske prinsipp gjelder derfor like mye for barnet som for foreldrene – noe EMD ønsker at norske myndigheter skal legge mer vekt på.

At gjenforeningsmålsetningen ikke er oppfylt, har også betydning for saken videre. EMD har konkludert med at der myndighetene ikke har oppfylt sin plikt, kan man ikke avslag på tilbakeføring bygge på manglende tilknytning mellom barnet og dets foreldre. I denne forbindelse kan det være vanskelig å se at EMD har hatt barnets beste som overordnet hensyn.

⁸⁸ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 220.

⁸⁹ *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 63.

⁹⁰ *Strand Lobben mot Norge* s. 79 avsnitt 6.

Uttalelsen kan i noen tilfeller gi for stort spillerom for det biologiske prinsipp, da holdningen kan gå på bekostning av barnet. Høyesterett har imidlertid tatt stilling til utsagnet, jeg kommer tilbake til under *punkt 5.2*.

4 Samværsrett etter barnevernloven

4.1 Samværsrettens betydning for familielivet

Vedtak om omsorgsovertakelse for et barn kan treffes blant annet i de tilfeller hvor «det er alvorlige mangler ved den daglige omsorgen barnet får»⁹¹. I de tilfeller et barn ikke lenger kan bo hjemme hos sin biologiske familie, vil det som hovedregel foreligge et behov for kontakt mellom barn og familie. Dette med tanke på at enhver omsorgsovertakelse i prinsippet er ment å være midlertidig, og barnet skal som utgangspunkt tilbakeføres når foreldrene kan gi barnet tilstrekkelig forsvarlig omsorg⁹².

Ved å bevare relasjonen og båndet til sine biologiske foreldre, vil det være vanskeligere for domstolene å argumentere for at tilbakeføring vil være det samme som å flytte barnet til «fremmede». Et spedbarn som blir plassert i en fosterfamilie, både uten eller med begrenset kontakt med sine biologiske foreldre, vil kunne knytte et sterkere bånd til fosterfamilien enn til sine biologiske foreldre. Dersom samværet uteblir eller blir begrenset i så vesentlig grad at det blir nærmest ikke-eksisterende, kan det være vanskelig å forholdet seg til det rettslige utgangspunktet om at omsorgsovertakelse skal være midlertidig – slik det er fastslått i EMDs praksis. Hvis dette er tilfellet, vil det også være vanskelig for myndighetene å legge til rett for en senere gjenforening. Samværsrettens betydning er derfor svært viktig faktor for familielivet, og for å ivareta det biologiske prinsipp.

4.2 Samværets betydning for familielivet etter barnevernloven § 4-19

Barn og foreldre har en rett til samvær med hverandre etter EMK artikkel 8. Staten har derfor en positiv forpliktelse til å sikre retten til familieliv, hvilket tilsier at staten har en plikt til å tilrettelegge for samvær mellom barn og foreldre etter det har skjedd en omsorgsovertakelse.

⁹¹ Bvl. § 4-12 bokstav a.

⁹² Bvl. § 4-21.

Samværsretten er etter norsk lov regulert i barnevernloven § 4-19, hvor det etter første og annet ledd fremgår at:

«Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.

Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.»

Etter bestemmelsens ordlyd foreligger det en gjensidig rettighet, ettersom foreldrene har rett til samvær med barnet, samtidig som barnet har rett til å være med dets biologiske foreldre. Ved konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser, fremgår det av bestemmelsens forarbeider at det «[v]ed fastsettelse av samværsrettens omfang, (...) i første rekke [må] legges vekt på den verdi det kan ha for barnet at kontakten med de biologiske foreldre opprettholdes»⁹³. Dette fremgår også tydelig av Barnekonvensjonen⁹⁴.

Barns interesse av samvær støttes også i rettspraksis, samt i de tilfeller hvor gjenforeningsmålet ikke lenger er aktuelt. Sakkyndige har uttrykt at barn som bor i fosterhjem⁹⁵ med samtidig kontakt og samvær med de biologiske foreldre, har en verdi av samværet, og generelt uttalt at:

«Det er viktig at det er åpenhet omkring at barnet har andre biologiske foreldre. Det er også viktig at barnet får et realistisk bilde av sine biologiske foreldre. Derfor er det en fordel at barnet har noe kontakt med sine biologiske foreldre. Barn som ikke kjenner sine biologiske foreldre, utvikler ofte urealistiske fantasier og drømmer om de biologiske foreldrene. Dette kan ha uheldig virkning, spesielt i puberteten, når det er naturlig at barnet kommer i noe opposisjon til sine psykologiske foreldre. Det er viktig for fosterbarn at fosterforeldrene respekterer de biologiske foreldrene og samarbeider med dem om samvær mellom de biologiske foreldrene og barnet.»⁹⁶

I den siterte dommen kom retten frem til at barnet ikke skulle gjenforenes med dets biologiske foreldre, men at samværet skulle opprettholdes. Foreldrenes situasjon var nå vesentlig

⁹³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), s. 112.

⁹⁴ Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3.

⁹⁵ Se bvl. § 4-21.

⁹⁶ Rt. 1984 s. 77 (s. 81).

forbedret, men det ville medføre alvorlige problemer for barnet om det nå skulle tilbakeføres. Retten la til grunn at fremtidig samværsomfang skulle reguleres av hensynet til barnets beste⁹⁷.

Dette gamle sitatet er i tråd med det både EMD og Høyesterett nå slår fast, mens det knapt har vært etterlevet i norsk praksis i alle de år mellom 1984 og 2019. Dette understreker hvordan det i praksis har hatt seg slik at Norge ikke har fulgt opp lovbestemmelser og fagkunnskap på barnevernrettens område.

4.3 Samværets betydning for tilbakeføring

Utgangspunktet er at alle omsorgsovertakelser er midlertidige, og at tilbakeføring som hovedregel er siktemålet. Gjenforening skal være et overordnet mål, så sant det ikke er slik at foreldrene i dette tilfellet anses som absolutt uegnet eller omsorgssituasjonen er så ille at dette vil være urealistisk at gjenforening må oppgis («particularly unfit»⁹⁸).

Som nevnt har fylkesnemnda en plikt til å fastsette samvær eller vurdere om samvær ikke skal innvilges, jf. bvl. § 4-19 annet ledd. Bakgrunnen for dette, er at det viktig for barnet å opprettholde et familiært bånd med sine biologiske foreldre, også etter en omsorgsovertakelse⁹⁹. Som nevnt under *punkt 4.2* er samværet også av egen verdi for barnet, ettersom barnet som oftest ønsker å vite hvor det kommer fra¹⁰⁰. I praksis er samvær og kontakt mellom barnet og barnets biologiske foreldre imidlertid en forutsetning for at det kan skje en tilbakeføring av barnet etter en omsorgsovertakelse¹⁰¹ – dette selv om foreldrene på et senere tidspunkt anses som egnede foreldre. I tilfeller som dette, legges det til grunn at det biologiske prinsipp må nedtones noe der hvor barnet har fått en så sterk tilknytning til fosterforeldrene og hjemmet¹⁰².

I *K.O. og V.M. mot Norge* konkluderte domstolen med at begrensningene i kontakten mellom barnet og de biologiske foreldrene utgjorde brudd på EMK artikkel 8¹⁰³. I dommen drøftes det hvor relevant det er med samvær for at en gjenforening skal være realistisk. Domstolen

⁹⁷ Rt. 1984 s. 77 (s. 81).

⁹⁸ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 207.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 51.

¹⁰⁰ Jf. eksempelvis Rt. 1984 s. 77 og Rt. 1997 s. 170.

¹⁰¹ Rt. 1995 s. 479.

¹⁰² Se bvl. § 4-21 første ledd annet punktum og Rt. 1995 s. 479 (s. 485).

¹⁰³ *K.O. og V.M. mot Norge* avsnitt 71.

påpeker at det i stedet for å foreta grundig overveielse av muligheten for gjenforening av familien, ga fylkesnemnda og tingretten implisitt opp gjenforening som det endelige målet («implicitly gave up reunification as the ultimate goal») på et veldig tidlig stadium, uten å demonstrere hvorfor det endelige målet med gjenforening ikke lenger var forenelig med As beste («without demonstrating why the ultimate aim of reunification was no longer compatible with A's best interests»)¹⁰⁴. Domstolen henviser her til *Strand Lobben mot Norge*, hvor domstolen påpekte at Norge kun fokuserte på barnets interesser i stedet for å prøve å kombinere både barn og foreldres interesser («focused on the child's interests instead of trying to combine both sets of interests»), og tenkte ikke på noen mulighet for barnets gjenforening med sin biologiske familie¹⁰⁵. Det vil i disse tilfelle foreligge et brudd på det biologiske prinsipp.

I de tilfeller hvor det ennå ikke er klart at gjenforening ikke vil være til barnets beste, skal samværet bestå – dette for å ivareta hensynet til det biologiske prinsipp.

4.4 Fastsetting av samvær

Omfanget av samværsretten har flere ganger blitt vurdert av Høyesterett, hvor Høyesterett blant annet har uttalt at «[o]mfanget av samværet beror altså i atskillig utstrekning på hvilken type plassering det gjelder»¹⁰⁶. Her siktes det til to forskjellige type plasseringer – korttidsplasseringer og langtidsplasseringer – og plasseringens lengde er av betydning når samværets omfang skal fastsettes. I de tilfelle omsorgsovertakelse antas å være midlertidig og tilbakeføring ventes å finne sted innen rimelig tid, bør det sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldre og barnet holdes best mulig vedlike (det vil bemerkes at dette var rettspraksis før de seneste domfellelsene i EMD samt de tre høyesterettsavgjørelsene fra 27. mars 2020, og at alle omsorgsovertakelser i dag anses som hovedregel å være midlertidige uavhengig om de er kort- eller langvarig).

Som nevnt er det fylkesnemnda som er ansvarlig for fastsetting av samværsrettens omfang i første instans¹⁰⁷. Dette, sett i sammenheng med at det bare er et fåtall av fylkesnemndenes avgjørelser om samvær som bringes videre inn for lagmannsretten, og en enda mindre andel

¹⁰⁴ *K.O. og V.M. mot Norge* avsnitt 68.

¹⁰⁵ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 220.

¹⁰⁶ Jf. Rt. 2006 s. 247 avsnitt 31. Se også Rt. 2012 s. 1832 som vises til på neste side.

¹⁰⁷ Se *punkt 4.1* og bvl. § 4-19.

som behandles av Høyesterett, er det derfor i stor grad fylkesnemndene og tingretten som i praksis utformer samværsretten. På bakgrunn av dette ble det i gjennomført en analyse av 91 fylkesnemndvedtak fra perioden 1. juli 2018 til 31. desember 2019¹⁰⁸. Det fremgår av analysen at:

«[t]il tross for at det ved fastsettelse av samvær må tas utgangspunkt i at en omsorgsovertakelse skal anses som midlertidig, og at omsorgen for barnet skal tilbakeføres til foreldrene så snart forholdene tillater det, legger fylkesnemnda ved sin fastsettelse av samværsomfang opp til at de fleste av de omsorgsplasserte barna ikke skal kunne tilbakeføres til foreldrenes omsorg.»¹⁰⁹

Fylkesnemnda tar med dette utgangspunkt i at et begrenset samvær er nødvendig for at barn skal kunne få muligheten til å reetablere seg i fosterhjemmet ved omsorgsovertakelse. Vedtakene mangler imidlertid en faglig begrunnelse for hvorfor dette er nødvendig, og det henvises isteden til høyesterettsdom av 2012¹¹⁰. De fleste vedtak innleder beslutningen med «Ved langvarige plasseringer varierer samværsfastsettelsen etter saker for Høyesterett vanligvis mellom 3-6 ganger i året»¹¹¹. Det som gjennomgående gjentas i flere av fylkesnemndenes vedtak, er at det opereres med en form for «standard», til tross for at det i flere vedtak vises til at samværet skal fastsettes ut fra hva som anses å være til barnets beste i den konkrete sak. Presiseringene i vedtakene kan derfor fremstå motstridene, og i mange tilfeller forvirrende da det å sette en «standard» i stor grad vil stenge for en konkret vurdering av hver sak samt overskygge hensynet til både barnets beste og det biologiske prinsipp.

Av dommen fra 2012 uttaler Høyesterett:

«Ved vurderingen er det også naturlig å se hen til hva den faglige ekspertise til enhver tid måtte si om hva som erfaringsmessig er gunstigst for barnet. Men det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, der det etter barnevernloven § 4-1 skal legges avgjørende vekt på barnets beste»¹¹².

I 2012-dommen uttrykker Høyesterett implisitt at det ikke skal foreligge en standard ved fastsetting av samværsrett, men at samværsfastsettingen skal bero på en konkret vurdering av

¹⁰⁸ Gerds-Andersen (2020), s. 135.

¹⁰⁹ Gerds-Andersen (2020), s. 135.

¹¹⁰ Rt. 2012 s. 1832.

¹¹¹ Gerds-Andersen (2020), s. 136.

¹¹² Rt. 2012 s. 1832 avsnitt 36.

det enkelte barns situasjon. Dette samsvarer med den grunnleggende retten barn og foreldre har familieliv i slike omsorgsovertakelsessituasjoner (gitt at det ikke foreligger særlig forhold som vil tale mot dette).

Det problematiske er derimot at det i nesten alle slike saker om samvær i langvarig omsorgsovertakelse ble det henvist til 2012-dommen og omtalen av samværspraksis som fremgikk av denne. Høyesterett skriver i HR-2020-661-S at det virke som at det har blitt oppfattet som at dette er en standard, men at man derimot alltid skal vurdere den konkrete saken¹¹³. Det kan stilles spørsmål om hvorfor Høyesterett har forholdt seg passiv i alle de årene hvor standardnormen har blitt praktisert, men dette vil det ikke gås nærmere inn på.

Et annet kritikkverdig punkt, er at det i rapporten til Gerdtz-Andersen kun er fylkesnemndene som kritiseres, men dette uten å nevne at «standardnormen» fylkesnemndene benytter, bygger på Høyesteretts tidligere uttalelser i 2012-dommen. Det er først nå i 2020 at Høyesterett, på grunnlag av domfellelsene i EMD, sier at dommen er oppfattet feil da det ikke foreligger en slik standardfastsetting av samvær¹¹⁴. Det kan dermed anses uriktig at det bare er fylkesnemndene som er å klandre for tilstanden fra og med 2012-dommen og frem til de tre storkammerdommene i 2020 – Høyesterett burde trolig ikke ha forholdt seg så passiv som de gjorde.

På den andre siden er det få barnevernssaker som har blitt behandlet i Høyesterett ettersom lagmannsretten og Høyesteretts ankeutvalg ved flere anledninger har forkastet ankene. En konsekvens av domfellelsene i EMD, er at Høyesterett tok inn barnevernssaker selv om lagmannsretten nektet å fremme ankene. Dommene fra EMD har trolig ført til at Høyesterett følte et behov for at det nå var helt nødvendig å behandle hvordan barnevernretten skulle forstås.

I *punkt 5* vil det foretas en gjennomgang av hvordan samvær fastsettes etter nyere rettspraksis.

¹¹³ HR-2020-661-S avsnitt 125 og 145.

¹¹⁴ HR-2020-662-S avsnitt 124.

5 Samværsretten i norsk rettspraksis

5.1 Innledning

I lys av at EMD de siste årene har domfelt Norge for brudd på EMK artikkel 8 ved flere anledninger, avgjorde Høyesterett 27. mars 2020 fire barnevernssaker¹¹⁵. Det ble avsagt tre dommer ettersom to av sakene ble slått sammen til felles behandling, og sakene ble behandlet i sammenheng i storkammer med 11 dommere.

Sakene tok opp spørsmålet om retten til familieliv etter EMK artikkel 8 var krenket, særlig i lys av *Strand Lobben mot Norge* og senere praksis fra EMD¹¹⁶. Sakene vakte stor interesse innen barnevernsfeltet ettersom flere hadde ventet i spenning på å se i hvilken retning Høyesterett ville gå¹¹⁷.

5.2 HR-2020-661-S

Saken er svært retningsgivende for norsk rettspraksis, og er naturlig nok den av de tre dommene som er mest prinsipiell ettersom det var her Høyesterett først og fremst klargjorde hva som kan trekkes ut fra de nylige dommene i EMD.

Saken gjaldt fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon av et barn på tre år og ni måneder. Foreldrene var fratatt omsorgen for barnet, og barnet bodde i fosterhjem. I tingretten ble fylkesnemndas adopsjonsvedtak stadfestet, men under dissens. Lagmannsretten ga ikke samtykke til at foreldrenes anke skulle fremmes, og foreldrene anket avslaget videre til Høyesterett. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten skulle gitt samtykke til behandling av foreldrenes anker over tingrettens dom om fratakelse av foreldreansvaret og adopsjonen.

Det ble i dommen tatt stilling til hvorvidt *Strand Lobben-dommen* innebærer en endring av konvensjonspraksis, og om det derfor foreligger et behov for å endre norsk rettspraksis i tråd

¹¹⁵ HR-2020-661-S, HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

¹¹⁶ Barne-, ungdom- og familiedirektoratets nettsider, https://bufdir.no/aktuelt/Arkiv/2020/hoyesteretts_storkammer_har_avgjort_barnevernssaker/ (sist lest 09.12.20).

¹¹⁷ Barnevernsadvokatene nettsider, *Høyesteretts avgjørelser 27.03.20*, <https://www.barnevernsadvokatene.as/blog-posts/hoyesteretts-avgjorelser-27-03-20>, (sist lest 09.12.20).

med dette. Høyesterett kommer med en rekke redegjørelser for hva som kan leses ut fra EMDs praksis, men det vil i det videre fokuseres på hva som blir sagt om hensynet til barnets beste og opprettholdelse av familiære bånd, omsorgsovertakelse, samt gjenforeningsmålet og samvær.

Hensynet til barnets beste og opprettholdelse av familiære bånd

Hva gjelder barnets beste uttaler Høyesterett at EMD har slått fast at det er bred enighet, både etter EMK og folkeretten, om at barnets beste er av overordnet betydning¹¹⁸. Hensynet til barnets beste er, sammen med hensynet til familiens enhet og familiegjennforening, en del av retten til familieliv¹¹⁹. Ved vurdering om et inngrep er å anse som nødvendig, er det «tolket som et krav om forholdsmessighet mellom mål og middel, slik at det må skje en balansert avveining av de kryssende hensyn»¹²⁰.

I EMD-praksis har Norge derimot blitt kritisert for å legge for lite vekt på familiebandene, men Høyesterett understreker at det biologiske prinsipp også er sentralt i norsk rett, men at ivaretagelsen av familiebandene er mer som en «underforstått og ofte uuttalt forutsetning»¹²¹. At en slik *forkledd* forutsetning ligger til grunn, er etter *Strand Lobben-dommen* lenger ikke tilstrekkelig, da det her påpekes at det i vurderingen må komme klart frem at hensynet til familielivet og det biologiske prinsipp også er vurdert, samt vises til avveiningen som er lagt til grunn for beslutningen¹²².

Dersom man ser dommen opp mot den norske lovgivningen, kan avveiningen derimot bli fargelagt av ordlyden i bvl. § 4-1. Det følger av bestemmelsen at det skal legges «avgjørende vekt» på å finne tiltak som er til det beste for barnet, hvilket kan komme i strid med en balansert avveining. Spørsmålet har blitt drøftet i juridisk litteratur, hvor blant annet Professor Kirsten Sandberg har kommentert at «avgjørende» er «et såpass sterkt ord at denne øvelsen lett kan fortone seg som illusorisk»¹²³. Sandberg uttaler at barnevernloven kanskje hadde vært bedre om den brukte uttrykket «overordnet betydning», slik som Høyesterett gjør i sin oversettelse av «of paramount importance» om betydningen av barnets beste¹²⁴. Høyesteretts

¹¹⁸ HR-2020-661-S avsnitt 77.

¹¹⁹ HR-2020-661-S avsnitt 77-78.

¹²⁰ HR-2020-661-S avsnitt 76 og forholdsmessighetsvurderingen som ligger i kravet til nødvendighet etter EMK artikkel 8 nr. 2, hvilket sier at det må skje en balansert vurdering av kryssende hensyn.

¹²¹ HR-2020-661-S avsnitt 83-85.

¹²² Se *punkt 3.3.4*.

¹²³ Sandberg (2020), «*Storkammeravgjørelsene om barnevern*», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2020/2, s. 149

¹²⁴ HR-2020-661-S avsnitt 77.

tolkning av EMDs uttalelse («of paramount importance») kan til en viss grad svekke den klare ordlyden som fremgår av bvl. § 4-1, og i større grad muliggjøre en familieegjenforening – og dermed gi det biologiske prinsipp mer tyngde i en senere vurdering.

Omsorgsovertakelse

Det fremgår av dommens avsnitt 96 at «very exeptional circumstances» også gjelder ved omsorgsovertakelse, ikke bare ved adopsjon eller sterkt begrenset samvær, hvilket også følges opp i HR-2020-662-S. Det er sådd tvil om omsorgsovertakelse også gjelder i disse tilfeller. Sandberg har uttalt at *Strand Lobben-dommen* må leses dit hen at «familiebåndene kan bare brytes under helt ekstraordinære omstendigheter, og for å unngå dette må alt gjøres for å bevare familiebåndene og eventuelt gjenoppbygge familien»¹²⁵. Forstått slik er brudd på familiebåndene et ytterligere og mer inngripende tiltak enn å overta omsorgen. Sett i sammenheng med forklaringen om hva som ligger i «sever» (bryte, kutte), mener Sandberg fortsatt at dette må være den riktige forståelsen av EMDs utsagn¹²⁶.

Gjenforeningsformålet og samvær

Hva gjelder gjenforeningsformålet, er det klart at dette står sentralt i EMK da alt skal forsøkes for å opprettholde personlige bånd mellom barn og foreldre samt bygge opp familien igjen for å kunne muliggjøre en eventuell, fremtidig gjenforening¹²⁷.

Høyesterett understreker at en omsorgsovertakelse er ment å være midlertidig, og viser i denne sammenheng til den uheldige praksisen som har utviklet seg de seneste årene om kun fire til seks samvær i året, uten at det finnes grunnlag for en slik praksisfastsetting¹²⁸. Som tidligere nevnt under *punkt 4.4* kan det stilles spørsmålstegn til hvorfor Høyesterett har forholdt seg så passiv som de har, ettersom en slik praksis har fått muligheten til å vokse frem uten at Høyesterett tok ansvar for den misforståelsen.

Videre fremholdes det at gjenforening likevel ikke er absolutt. I de tilfeller hvor foreldrene er særlig uegnet («particularly unfit») eller hvis det vil skade barnets helse eller utvikling («harm the child's health and development»)¹²⁹, vil ikke gjenforening være aktuelt¹³⁰. Også hvor det

¹²⁵ Sandberg (2020), «Storkammeravgjørelsene om barnevern», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2020/2, s. 150.

¹²⁶ Samme ref.

¹²⁷ HR-2020-661-S avsnitt 127.

¹²⁸ HR-2020-661-S avsnitt 125.

¹²⁹ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 207.

¹³⁰ HR-2020-661-S avsnitt 129-130.

har gått betydelig tid siden omsorgsovertakelsen fant sted, kan gjenforening være utelukket, ettersom barnets behov for stabilitet i fosterhjemmet vil kunne veie tyngre enn gjenforeningshensynet. Dette er blant annet et resultat av *Pedersen-dommen*, hvor ble fastslått at det ikke uten videre var utslagsgivende at foreldrene var kapable til å gi barnet tilstrekkelig omsorg¹³¹.

I de tilfeller hvor gjenforeningsplikten ikke er oppfylt, har EMD uttalt at avslag på gjenforening ikke kan være begrunnet i manglende tilknytning mellom foreldre og barn. I denne sammenheng presiserer Høyesterett at EMDs uttalelse ikke kan tolkes så bastant som den muligens fremgår, men at det må ses i lys av ytterligere rettspraksis¹³². Høyesterett mener at det må ilegges tre modifikasjoner, for det første kan ikke prinsippet gjelde i de tilfeller hvor foreldrene er særlig uegnet og det etter sannsynlighet vil være en varig situasjon¹³³. For det andre at kan heller ikke prinsippet gjelde dersom samværet vil kunne være *skadelig* for barnet, og for det tredje kan hensynet til stabilitet for barnet veie så tungt at hensynet til foreldrene må vike.

Forholdet mellom norsk rett og EMK

I dommen konkluderer Høyesterett med at det ikke foreligger motstrid mellom praksis fra EMK og norsk rett, men ser likevel behovet for en praksisendring – særlig vedrørende plikten til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og hjelpetiltak¹³⁴.

5.3 HR-2020-662-S

HR-2020-662-S var den andre saken Høyesterett behandlet i storkammer den 27. mars 2020. Saken gjaldt spørsmål om vilkårene for omsorgsovertakelse var oppfylt, og hvilket samvær barnet og de biologiske foreldrene i dette tilfellet skulle innvilges. Sentralt for høyesterettsdommen stod særlig *Strand Lobben-dommen* og de senere EMD-dommene.

Saken gjaldt anke over lagmannsrettsdom i sak om omsorgsovertakelse og fastsettelse av samvær, og barnet var ansett som særlig sårbart. I denne forbindelse fattet kommunen

¹³¹ Se bvl. § 4-21, jf. *Pedersen med flere mot Norge* avsnitt 65 og HR-2020-661-S avsnitt 129.

¹³² HR-2020-661-S avsnitt 135-139, jf. eksempelvis *Abdi Ibrahim mot Norge* avsnitt 61 siste setning samt uttrykt i *Pedersen med flere mot Norge* avsnitt 68.

¹³³ HR-2020-661-S avsnitt 137.

¹³⁴ HR-2020-661-S avsnitt 171.

akuttvedtak, og samværet ble fastsatt én time i uken i under tilsyn fra barnevernet. Fylkesnemnda fattet senere vedtak om samvær til to timer fire ganger i året¹³⁵. Tingretten opphevet fylkesnemndas vedtak. Kommunen anket så dommen til lagmannsretten, og lagmannsretten (under dissens 3-2) stadfestet fylkesnemndas vedtak. Høyesterett kom til at vilkårene for omsorgsovertakelsen var oppfylt, men siden gjenforeningsmålsetningen ikke var oppgitt, ble samværet økt fra fire til åtte ganger i året á to timer.

Hva gjelder samværene uttrykker Høyesterett at gjenforeningsmålet står sentralt ved fastsettelsen av samværet, og at dette har vært fremhevet i en rekke avgjørelser fra Høyesterett¹³⁶. Det vises i denne forbindelse til Rt. 2012 s. 1832, hvor det ved vurderingen av hvor omfattende samvær som skal fastsettes, må det skilles mellom «midlertidige plasseringer og langtidsplasseringer». Høyesterett påpeker at dommen ikke skal forstås som en standardnormering¹³⁷, ettersom det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak og hvor samværet må fastsettes slik at gjenforeningsformålet ivaretas best mulig¹³⁸. Det gjøres klart at enhver omsorgsovertakelse skal anses som midlertidig, uavhengig om den forventes å bli langvarige eller kortvarig¹³⁹.

Det henvises videre til *K.O. og V.M. mot Norge*, hvor Høyesterett legger vekt på at statens positive plikt til gjenforeningstiltak (som samvær) skal fastsettes slik at båndene mellom barn og foreldre kan bli styrket og utviklet¹⁴⁰, men gjenforeningstiltakene skal alltid balanseres opp mot hensynet til barnets beste¹⁴¹.

Førstevoterende trekker deretter inn hvordan de stiller seg i forhold til spørsmål om minstenivå for samvær, og i denne forbindelse formuleringen i *K.O. og V.M.-dommens* avsnitt 69. Hva gjelder minstenivå for samvær, uttaler Høyesterett at EMDs redegjørelse må lese i kontekst, da redegjørelsen ikke var å regne som et av de generelle prinsippene, men som en del av den konkrete vurderingen i saken, og at det derfor ikke oppstilles et minstenivå til samvær¹⁴².

¹³⁵ HR-2020-662-S avsnitt 5.

¹³⁶ HR-2020-662-S avsnitt 120.

¹³⁷ HR-2020-662-S avsnitt 124, jf. HR-2020-661-S avsnitt 125.

¹³⁸ HR-2020-662-S avsnitt 125.

¹³⁹ Sandberg, «Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge», Juridika.no.

¹⁴⁰ HR-2020-662-S avsnitt 129, jf. *K.O. og V.M. mot Norge* avsnitt 69.

¹⁴¹ HR-2020-662-S avsnitt 128, jf. *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 208.

¹⁴² HR-2020-662-S avsnitt 132-133.

Høyesterett konkluderte med at samværet skulle oppjusteres da mer hyppige samvær mellom de biologiske foreldrene og barnet kunne gjøre samværene bedre enn om de skjedde mer sjeldent¹⁴³.

5.4 HR-2020-663-S

Den tredje saken som ble behandlet i storkammer den 27. mars 2020, var HR-2020-663-S. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten skulle gitt samtykke til behandling av mors anke over tingrettens dom om omsorgsovertakelse og samvær, samt spørsmål om fars anke over tingrettens dom om å nekte samvær. Sakene ble forent til en felles behandling.

Fylkesnemnda traff i november 2018 vedtak om omsorgsovertakelse med rett til samvær mellom mor og datter to timer seks ganger i året. Samme dag ble det også truffet vedtak om at det ikke skulle være samvær mellom far og datter. Både far og mor begjærte rettslig overprøving av vedtakene, men tingretten stadfestet fylkesnemndas vedtak i begge sakene. Lagmannsretten ga ikke samtykke til å fremme hverken mor eller fars anke, og begge partene anket videre til Høyesterett.

Hva gjaldt anken til mor, la Høyesterett til grunn at tingretten oppfylte kravene som stilles til beslutningsgrunnlag, begrunnelse og avveining¹⁴⁴, og de gikk så videre til samværsfastsettingen. Det vises i denne forbindelse i stor grad til de grunnleggende prinsipper som ble gjennomgått i HR-2020-661-S og HR-2020-662-S, og det understrekes at det hverken på grunnlag av norsk rettspraksis eller EMDs praksis oppstilles et minstenivå for samvær¹⁴⁵. Høyesterett poengterer at tingretten hadde tatt utgangspunkt i det biologiske prinsipp, og at det etter førstevoterendes skjønn ikke forelå slike svakheter ved saken at lagmannsretten skulle ha behandlet den¹⁴⁶.

Hva gjelder far sak, trekker Høyesterett igjen frem gjenforeningsmålsetningen som følger av både høyesterettspraksis og EMDs praksis¹⁴⁷. I fars tilfelle forelå det ingen målsetning om gjenforening. Dersom barnet skulle tilbakeføres, var det til mor alene. Ved omsorgsovertakelse gjelder kravet til «very exceptional circumstances», men utgangspunktet

¹⁴³ HR-2020-662-S avsnitt 143.

¹⁴⁴ HR-2020-663-S avsnitt 154.

¹⁴⁵ HR-2020-663-S avsnitt 140.

¹⁴⁶ HR-2020-663-S avsnitt 152 og 154.

¹⁴⁷ HR-2020-663-S avsnitt 159.

er at statene har en vid skjønnsmargin¹⁴⁸. Det er i norsk rettspraksis lagt til grunn at det kreves «spesielle og sterke grunner» for at samvær skal nektes¹⁴⁹.

I lys av manglende kontakt mellom far og datter, har både Høyesterett og EMD uttrykt på ulikt vis at vernet EMK artikkel 8 gir, ikke er absolutt ettersom «ikke-eksisterende eller svake familieband er mindre beskyttet enn et etablert familieliv»¹⁵⁰. Dette illustrerer at det biologiske prinsipp ikke er absolutt, og at hensynet til barnets beste i slike tilfeller vil trumfe retten til familieliv. Høyesterett understreker dette ytterligere ved å henvise til *Nuutinen mot Finland*, hvor det ble lagt til grunn at forpliktelsen til å legge til rette for samvær mellom foreldre og barn «is not absolute» – spesielt ikke i de tilfeller hvor de er fremmede for hverandre («especially where the two are still strangers to one another»)¹⁵¹. Norsk rettspraksis støtter også opp under at manglende samværsfastsettelse i disse tilfellene ikke vil krenke retten til familieliv, jf. blant annet HR-2017-2015-A avsnitt 59.

Imidlertid påminner Høyesterett oss om at samvær også har en egenverdi for barnet, og at manglende tilbakeføring ikke er til hinder for fortsatt samvær¹⁵². Etter Høyesteretts oppfatning har tingretten foretatt en grundig vurdering av den konkrete saken samt hvorfor samværet her ikke er til barnets beste¹⁵³ – dette utelukker likevel ikke begrensninger for samvær ved et senere tidspunkt¹⁵⁴. Fars nåværende samværskompetanse kunne derfor ikke være avgjørende¹⁵⁵.

Etter Høyesteretts syn forelå det vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse og saksbehandling i den konkrete saken, slik at lagmannsrettens beslutning om ikke å samtykke til ankebehandling, måtte oppheves. Det forelå også særlig svakheter ved tingrettens beslutningsgrunnlag da det hadde skjedd positive endringer i mors situasjon¹⁵⁶.

¹⁴⁸ HR-2020-663-S avsnitt 160, jf. *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 207.

¹⁴⁹ Jf. eksempelvis Rt. 2013 s. 976 avsnitt 36 og HR-2017-2015-A avsnitt 56.

¹⁵⁰ HR-2020-663-S avsnitt 161, se eksempelvis *Gnahoré mot Frankrike* avsnitt 60 om omsorgsovertakelse og *Mohamed Hasan mot Norge* om adopsjon hvor det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 8 ettersom det ble fremhevet at det forelå svært begrensede sosiale bånd mellom de biologiske foreldrene og barnet.

¹⁵¹ HR-2020-663-S avsnitt 162, jf. *Nuutinen mot Finland* avsnitt 128.

¹⁵² HR-2020-663-S avsnitt 164.

¹⁵³ HR-2020-663-S avsnitt 170.

¹⁵⁴ HR-2020-663-S avsnitt 171.

¹⁵⁵ HR-2020-663-S avsnitt 174.

¹⁵⁶ Norges Høyesteretts nettsider, <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/avgjorelser/2020/hoyesterett-sivil/hr-2020-661-s/>, (sist lest 09.12.20).

5.5 Oppsummering av de tre dommene

Ut fra nyere praksis fra EMD, forelå det et klart behov for at Høyesterett klargjorde flere prinsipielle spørsmål på barnevernrettens område.

Overordnet konkluderer Høyesterett med at det ikke foreligger noen motstrid mellom norsk rett og EMDs praksis etter barnevernloven kapittel 4. Derimot foreligger det behov for en praksisendring. Høyesterett understreker at barnevernloven må praktiseres innenfor de gitte rammene fra EMD, spesielt med hensyn til gjenforeningsmålet, beslutningsgrunnlaget, avveiningen og begrunnelsen¹⁵⁷.

Særlig må gjenforeningsmålet tas på alvor, og denne må ikke oppgis på et for tidlig tidspunkt selv om omsorgsovertakelsen trolig vil bli langvarig. Det er ikke nok at samværet kun settes på bakgrunn at barnet skal ha kjennskap til sine foreldre, og det finnes heller ikke noen standardfastsetting ved samvær. Samværet må settes konkret og i en slik grad at det tilfredsstiller gjenforeningsmålet. I de tilfeller samvær vil gå på bekostning av barnet, må det foreligge en grundig og balansert begrunnelse for beslutningen hvor begge parter interesser må vektlegges.

Oppsummert har Høyesterett gitt retningslinjer for hvordan EMD-dommene skal tolkes. Høyesterett bruker EMDs praksis aktivt i avgjørelsene sine, og fletter de EMDs tolkningsprinsipper sammen med det hensynet til barnets beste.

¹⁵⁷ Sandberg, «Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge», Juridika.no (sist lest 05.12.20).

6 Bidrar nye avgjørelser fra Høyesterett og EMD til endring av praksis?

6.1 Har Høyesterett innrettet seg etter kritikken fra EMD?

Jeg mener at Høyesterett på en fin måte tar til seg kritikken fra EMDs seneste dommer, og klarer å vise til at norske myndigheter må ta gjenforeningsmålet og retten til familielivet på alvor – særlig ved fastsetting av samværsomfanget, samt i tilfeller hvor omsorgsovertakelsen er ment å være langvarig da hovedregelen er at alle omsorgsovertakelser skal anses som midlertidig. De forklarer fastsetting av samvær etter artikkel 8 på en presis måte, og viser samtidig til at det skal tas avstand fra den noe uheldige standardfastsettingen av samvær som tidligere har vært. Høyesterett mener også at samværs må fastsettes hyppigere for å muliggjøre en gjenforening, noe som er i samsvar med EMDs uttalelser.

På den andre siden sier ikke Høyesterett noe direkte om de kritikkverdige forholdene norsk barnevernspraksis står ansvarlig for, og det er ikke nødvendigvis helt klart hvor de konkrete manglene foreligger i den enkelte sak. Høyesterett er imidlertid klar på at det er behov for en forandring, og gir i dommene gode pekepinner på hvordan en slik praksisendring skal realiseres.

6.2 Nyere praksis fra fylkesnemndene

Etter de nevnte høyesterettsdommene under *punkt 5*, samt informasjonsskrivet som ble sendt ut fra Barne- og familiedepartementet om behandlingen av barnevernsaker¹⁵⁸, kan det sies at det foreligger en vesentlig endring av fylkesnemndspraksis.

Det gjenspeiles eksempelvis i FNV-2020-115-FTE, hvor saken gjaldt spørsmål om fylkesnemnda i medhold av bvl. § 4-21 skulle oppheve den offentlige omsorgen for klagers tre barn, subsidiært om fastsettelse av samvær mellom barna og foreldrene. Det vises gjentatte ganger både til EMDs praksis og to av de tre høyesterettsdommene fra mars 2020:

¹⁵⁸ Det kongelige barne- og familiedepartement, *Informasjonsskriv om behandling av barnevernssaker – nye avgjørelser fra Høyesterett*, datert 10. juni 2020.

«Av det siterte framgår det klart at samvær ikke bare skal skje for å legge til rette for gjenforening. Også i tilfeller hvor gjenforening ikke er aktuelt, er det i ulike sammenhenger framhevet at samvær og kontakt med biologisk familie har en egenverdi som det må tas betydelig hensyn til, med mindre samværet utsetter barnet for en urimelig belastning, jfr. HR-2020-662-S avsn. 135»¹⁵⁹.

På bakgrunn av dette gis det inntrykk at det er truffet vedtak på grunnlag av en mer nyansert avveining enn tidligere praksis som nevnt under *punkt 4.4*. Dette er også tilfellet i flere dommer fra andre fylkesnemnder, herunder eksempelvis FNV-2020-107-FNO hvor det var spørsmål om tilbakeføring av en gutt på 2 år og 9 måneder som hadde bodd i fosterhjem i to år, samt i FNV-2020-114-FRO om begjæring om tilbakeføring av barn som hadde bodd i fosterhjem i mer enn fire år. I begge dommene henvises det både til gjenforeningsmålsetningen og betydningen av et tilstrekkelig beslutningsgrunnlag. Nyere fylkesnemndspraksis bærer med dette preg av at de beveger seg samme retning som Høyesterett, og at de forsøker å praktisere de retningslinjene som nå har blitt gjort rede for.

6.3 Strekkes det biologiske prinsippet for langt?

En sentral årsak til at Norge har blitt dømt for brudd på retten til familieliv etter EMK artikkel 8, er fordi EMD er av den oppfatning at de norske domstolene ikke tillegger det biologiske prinsipp, herunder barnets rett til familieliv, tilstrekkelig vekt. I tilbakeføringssaker kommer ofte hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp på spissen. Noen vil hevde at dommene i menneskerettsdomstolen er et tilbakeslag for hensynet til barnets beste til fordel for et vern av foreldrenes interesser¹⁶⁰.

I samtlige av EMDs avgjørelser understreker domstolen at hensynet til barnets beste står sterkest («the child's interest must come before all other consideration»¹⁶¹), samtidig som at det i utgangspunktet ikke er noe motstrid mellom hensynet til barnets beste og foreldrenes rettigheter – de er begge en del av det biologiske prinsipp. Dette er noe Høyesterett stiller seg bak. Samtidig har tidligere norske dommer båret preg av at hensynet til barnets beste gis en for betydelig vekt, og at det ikke foretas en tilstrekkelig avveining mot retten til familieliv.

¹⁵⁹ FNV-2020-115-FTE.

¹⁶⁰ Andersland, «Det norske barnevernet er i en kritisk tilstand. Hvordan skape et bedre barnevern?», Aftenposten.no, 3. november 2020, <https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/R99qOJ/det-norske-barnevernet-er-i-en-kritisk-tilstand-hvordan-skape-et-bedre>, (sist lest 15.11.20).

¹⁶¹ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 204.

Dette kan være et utslag av at de norske domstolenes vurderinger har et annet utgangspunkt enn det EMD har for sine vurderinger av sakene. Dette kan ha bakgrunn i at det foreligger små spenninger mellom EMK og Barnekonvensjonen. EMK er forankret i beskyttelsen og balanseringen av rettighetene til alle innenfor en stats jurisdiksjon, herunder de som har dannet en familie, mens Barnekonvensjonen er en internasjonal avtale som fokuserer på å styrke og beskytte barn som innehavere av forskjellige individuelle rettigheter. Ved at EMD bruker EMK som utgangspunkt for vurderingen kan derfor i noen tilfeller føre til at hensynet til barnets beste blir overskygget av at familien kommer i større fokus enn tidligere, blant annet på grunnlag av gjenforeningsmålet ved omsorgsovertakelse.

At det biologiske prinsipp i noen tilfeller strekkes for langt, gjenspeiles også i *Strand Lobben mot Norge*. Her stilte mindretallet (fire dommere) spørsmål ved om EMDs flertall hadde større fokus på foreldrenes rettigheter enn de nasjonale domstolene. Mindretallet peker på at Barnekonvensjonen og mange nasjoners lovgivning kan tilsi en omvendt tilnærming enn den flertallet benytter, og derved kan det bli klart hvorfor det norske barnevernet kan treffe avgjørelser som er i strid med EMK artikkel 8¹⁶².

Norge har i all sin tid lagt avgjørende vekt på hensynet til barnets beste i lovgivning, forarbeider og rettspraksis. Vil det at EMD i sine nyere avgjørelser har hatt stort fokus på det biologiske prinsipp, og særlig hensynet til foreldrene, kunne gå på bekostning av hensynet til barnets beste? Siden første tid etter *Strand Lobben-dommen* har det oppstått diskusjon om hva EMD har gjort, særlig om de har ofret hensynet til barnets beste. EMD har ved flere anledninger understreket at «the child's interest must come before all other consideration»¹⁶³, og dommene i menneskerettsdomstolen er derfor ikke et tilbakeslag for hensynet til barnets beste til fordel for et vern av foreldrenes interesser¹⁶⁴.

Høyesterett har imidlertid fulgt opp EMD sine avgjørelser, og Høyesterett har nå tilbakevist kritikken mot EMD om ofring av barnets beste. Retten vil «måtte velge omsorgsovertakelse eller adopsjon hvis dette på domstidspunktet klart fremstår som den riktige løsningen hensett til barnets beste, til tross for at det tidligere er gjort feil ved behandlingen av saken»¹⁶⁵.

¹⁶² Köhler-Olsen, «EMD: *Strand Lobben med flere mot Norge* – betydningen for norsk barnevern», s. 345.

¹⁶³ *Strand Lobben mot Norge* avsnitt 204.

¹⁶⁴ Geir Kjell Andersland, «*Det norske barnevernet er i en kritisk tilstand. Hvordan skape et bedre barnevern?*».

¹⁶⁵ HR-2020-661-S avsnitt 115.

Høyesterett presiserer med dette at feil fra myndighetenes side ikke skal gå utover barnets beste¹⁶⁶.

Det er klart at det ikke alltid vil være til barnets beste å ha samvær med sine biologiske foreldre, da avgjørelsene består av komplekse og vanskelige vurderinger. En styrking av både gjenforeningsformålet og samværsfastsettingen kan føre til at det er flere tilfeller hvor det blir innvilget samværet, hvor dette samværet vil kunne ha en negativ påvirkning på barnet.

Foreløpig er det for tidlig å se de mulige konsekvenser styrkingen av det biologiske prinsipp medfører for foreldrenes rett til familieliv balansert mot hensynet til barnets beste, og det blir spennende å se om praksisendringen på sikt fører til en forbedring av det som lenge har vært et kritisert barnevern.

¹⁶⁶ Sandberg, «Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge», Juridika.no (sist lest 09.12.20).

7 Kildeliste

7.1 Lover og konvensjoner

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. april 2018 nr. 5 om endringer i barnevernloven mv.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK)

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)

7.2 Lovforarbeider og utredninger

NOU 2012: 5	Bedre beskyttelse av barns utvikling: Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.
Prop. 169 L (2016-2017)	Endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre)
Dokument 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
NOU 2016: 16	Ny barnevernslov — Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse
Innst. 186 S (2013-2014)	Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen. Dokument 12:30 (2011–2012) unntatt romertallene X og XXIV
Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)	Om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

7.3 Domsregister

7.3.1 Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1984 s. 77

Rt. 1991 s. 557

Rt. 1995 s. 479

Rt. 1997 s. 170

Rt 2000 s. 996

Rt. 2006 s. 247

Rt. 2012 s. 1832

Rt. 2013 s. 976

Rt. 2015 s. 93

HR-2017-2015-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

7.3.2 Avgjørelser fra fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker

FNV-2020-114-FRO

FNV-2020-107-FNO

FNV-2020-115-FTE

7.3.3 Avgjørelser fra EMD (Den europeiske menneskerettsdomstolen)

Dom 24. februar 1995 *McMichael mot England*, nr. 16424/90.

Dom 7. august 1996, *Johansen mot Norge*, nr. 17383/90.

Dom 27. juli 2000 *Nuutinen mot Finland*, nr. 32842/96.

Dom 19. september 2000 *Gnahoré mot Frankrike J*, nr. 40031/98.

Dom 6. juli 2010 *Neulinger og Shuruk mot Sveits GC*, nr. 41615/07.

Dom 7. september 2017 *M.L. mot Norge*, nr. 43701/14.

Dom 26. april 2018 *Mohamed Hasan mot Norge*, nr. 27496/15.

Dom 6. september 2018 *Jansen mot Norge*, nr. 2822/16.

Dom 10. september 2019 *Strand Lobben mot Norge*, nr. 37283/13.

Dom 19. september 2019 *K.O. og V.M. mot Norge*, nr. 64808/16.

Dom 17. desember 2019 *A.S. mot Norge*, nr. 60371/15.

Dom 17. desember 2019 *Abdi Ibrahim mot Norge*, nr. 15379/16.

Dom 10. mars 2020 *Pedersen med flere mot Norge*, nr. 39710/15.

Dom 10. mars 2020 *Hernehult mot Norge*, nr. 14652/16.

7.4 Litteratur

7.4.1 Bøker

Aall, Jacob. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2015.

Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 3. utgave, Oslo 2018.

Geir Kjell Andersland (red.), *De Castbergske barnelover 1915-2015*, Cappelen Akademisk 2015.

Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristin Sandberg: *Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2019.

7.4.2 Juridiske artikler

Christian Børge Sørensen, «Langvarige fosterhjems plasseringer og forholdsmessighetskravet i EMK art. 8», *Lov og Rett*, vol. 59, 2, 2020, s. 103–122.

Christian Børge Sørensen, «Barnevern og menneskerettighetene», NOU 2016: 16 vedlegg 4.

Elisabeth Gording Stang og Gunn-Astrid Baugerud, *Samvær etter omsorgsovertakelse*, OsloMet Rapport 2018 nr. 10.

FNs konvensjon om barns rettigheter, Komitéen for barns rettigheter, *Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para. 1)*, CRC/C/CG/14, 29.05.13.

Julia Köhler-Olsen, «EMD: Strand Lobben med flere mot Norge – betydningen for norsk barnevern», *Tidsskrift for velferdsforskning* 04/2019 (Volum 22), s. 341-346.

Karl Harald Søvig og Marit Ellingsen Tjelmeland, «Strand Lobben mot Norge – noen refleksjoner», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 04/2019 (Volum 17), s. 345-352.

Kirsten Sandberg, «Barnets beste i lovgivningen – Betenkning til Barnevoldsutvalget», 21.12.16.

Kirsten Sandberg, «Storkammeravgjørelsene om barnevern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2020/2, s. 148-159.

Tina Gerds-Andersen, «Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse» *Kritisk juss Tidsskrift fra Rettspolitisk forening* 02/2020 (Volum 51), s. 125-153.

7.4.3 Elektroniske kilder

Barnevernsadvokatenes nettsider, *Høyesteretts avgjørelser* 27.03.30, <https://www.barnevernsadvokatene.as/blog-posts/hoyesteretts-avgjorelser-27-03-20>, (sist besøkt 09.12.20)

Barne-, ungdom- og familiedirektoratets nettsider, «*Høyesteretts storkammer har avgjort barnevernssaker*», 31. mars 2020, Tilgjengelig fra: https://bufdir.no/aktuelt/Arkiv/2020/hoyesteretts_storkammer_har_avgjort_barnevernssaker/ (sist lest 09.12.20).

Det kongelige barne- og familiedepartement, *Informasjonsskriv om behandling av barnevernssaker – nye avgjørelser fra Høyesterett*, datert 10. juni 2020.

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker sine nettsider, «*Omsorgsovertakelse*», <https://www.fylkesnemndene.no/no/sakstyper/omsorgsovertakelse/>, (sist lest 09.12.20).

Geir Kjell Andersland, «*Det norske barnevernet er i en kritisk tilstand. Hvordan skape et bedre barnevern?*», Aftenposten.no, 3. november 2020, tilgjengelig fra: <https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/R99qOJ/det-norske-barnevernet-er-i-en-kritisk-tilstand-hvordan-skape-et-bedr>, (sist besøkt 09.12.20).

Karl Harald Søvig, «*Kommentar til høstens barnevernssaker mot Norge*», Juridika.no, 9. januar 2020. Tilgjengelig fra: <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høstens-barnevernssaker-mot-norge> (sist besøkt 09.12.20).

Kirsten Sandberg, «*Kommentar til Høyesteretts storkammeravgjørelser om barnevern etter EMDs dommer mot Norge*», Juridika.no, Tilgjengelig fra: <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-høyesteretts-storkammeravgjørelser-om-barnevern-etter-emds-dommer-mot-norge> (sist besøkt 09.12.20).

Lene Skogstrøm, «*Professor: – Norsk barnevern er i front. Det kan virke som om vi har fått svi for det*», Aftenposten.no, 25. november 2019. Tilgjengelig fra: <https://www.aftenposten.no/norge/i/50emaO/professor-norsk-barnevern-er-i-front-med-barns-rettigheter-det-kan>, (sist besøkt 09.12.20)

Norges Høyesteretts nettsider, «*Barnevern: Adopsjon og forholdet til EMK artikkel 8*»
<https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/avgjorelser/2020/hoyesterett-sivil/hr-2020-661-s/>, (sist lest 09.12.20).

Norges institusjon for menneskerettigheters nettsider, «*Den europeiske menneskerettsdomstolen*». Tilgjengelig fra: <https://www.nhri.no/menneskerettighetene/den-europeiske-menneskerettighetsdomstolen/> (sist besøkt 09.12.20).

Rett24.no, «*EMD dumper 16 saker på Norge samtidig*», 10. juli 2019, Tilgjengelig fra: <https://rett24.no/articles/emd-dumper-16-saker-pa-norge-samtidig> (sist lest 09.12.20).

Statistisk sentralbyrå, Barnevern (2019). Tilgjengelig fra: <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barnevernng> (sist besøkt 09.12.20).

The Lancet, «*A future for the world's children?*»,
[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)32540-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)32540-1/fulltext),
publisert 22.02.20 (sist besøkt 18.09.20).

UiOs nettsider, «*Dom av 7. august 1996 i saken Johansen mot Norge Barnevern; omsorgsovertakelse, nekting av samvær mv.*»,
https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR2000/h11/undervisningsmateriale/Dom_velferd_srett.pdf, (sist besøkt 09.12.20).

VG.no, «*Massedemonstrasjoner mot norsk barnevern i 19 land*», 9. januar 2016, Tilgjengelig fra: <https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/ejxPl/massedemonstrasjoner-mot-norsk-barnevern-i-19-land> (sist besøkt 09.12.20).